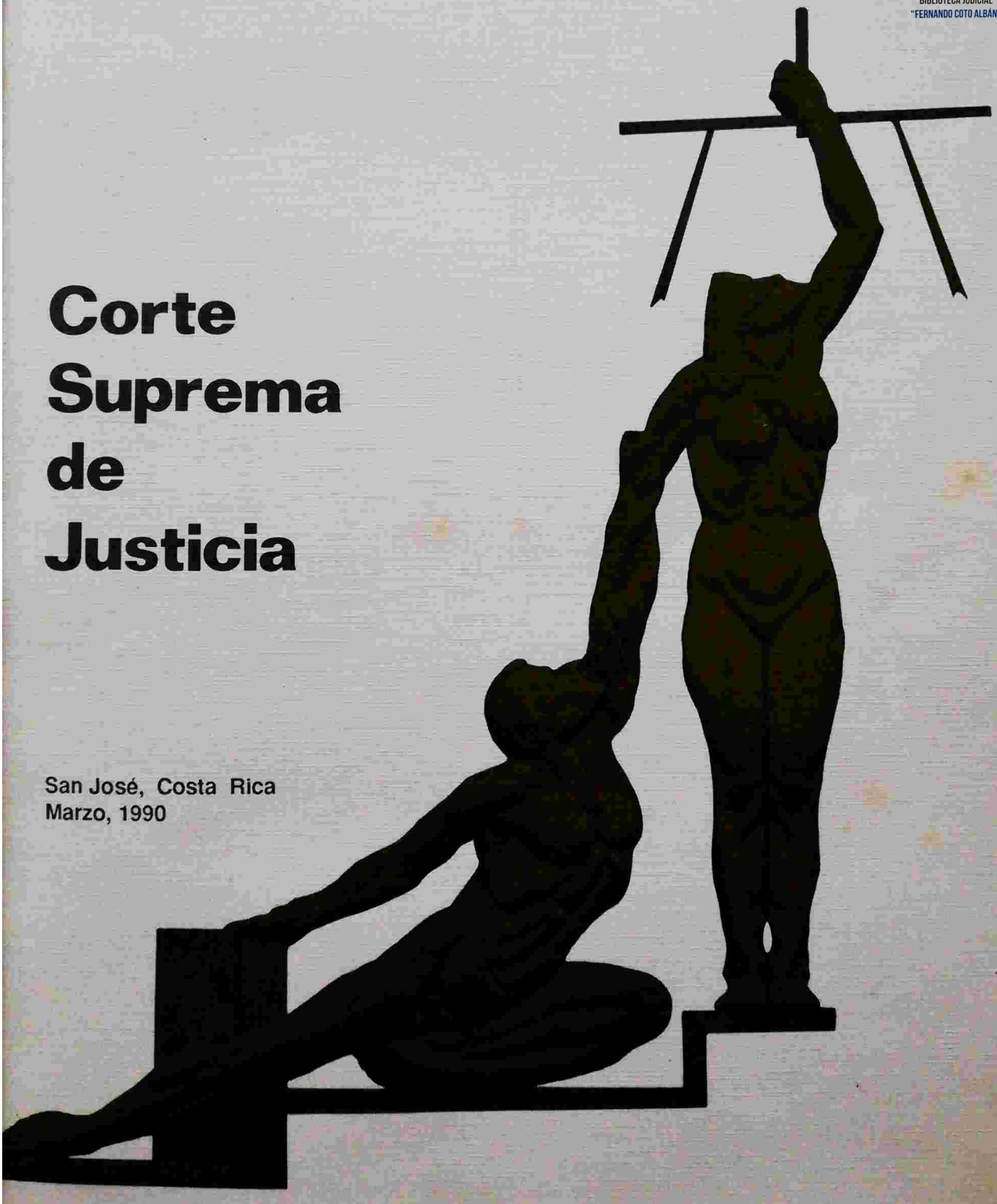
AÑO XV

Nº 49

REVISTA JUDICIAL

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"



Corte Suprema de Justicia

San José, Costa Rica
Marzo, 1990

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

REVISTA JUDICIAL

Año XV — Núm. 49 — Marzo, 1990

Director: Dr. Víctor Pérez Vargas
Revista Judicial
Corte Suprema de Justicia
San José, Costa Rica

Distribución y canje:
Biblioteca Judicial
Corte Suprema de Justicia
San José, Costa Rica

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

SUMARIO

Pág.

PRESENTACIÓN. 5
Dr. Francisco Chacón Bravo
Lic. Eduardo Ortiz Ortiz

SECCIÓN I: ESTUDIOS

Hacia una reconstrucción de la justicia administrativa. El problema de los derechos reaccionales y la subjetivación de los recursos llamados objetivos 9
Prof. Dr. Eduardo García de Enterría

Los diferentes tipos de acciones y sentencias en el contencioso administrativo francés 17
Prof. Dr. Jean Marie Auby

La legislación italiana sobre la justicia administrativa 27
Prof. Dr. Massimo Severo Giannini

Acciones declarativas, constitutivas y de condena de la administración pública 43
Prof. Dr. Jesús González Pérez

Los diversos tipos de acciones y recursos contencioso administrativos en Venezuela . . 63
Prof. Dr. Allan R. Brewer Carías

La tutela judicial cautelar en el orden contencioso administrativo 83
Prof. Dr. Luciano Parejo Alfonso

La ejecución de las decisiones del juez administrativo 101
Prof. Dr. Michel Fromont

Espíritu y perspectivas de una reforma de la justicia administrativa en Costa Rica 109
Prof. Dr. Eduardo Ortiz Ortiz

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

El Juicio oral en el proceso civil o contencioso administrativo 131
Prof. Dr. Francisco Chacón Bravo

SECCIÓN II: PRONUNCIAMIENTOS ESPECIALMENTE RELEVANTES

Contenido de votos salvados en resoluciones de interés 153
Licda. Cecilia Sánchez Romero

SECCIÓN III: JURISPRUDENCIA. 157
Digesto

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

PRESENTACIÓN

La Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, bajo la esclarecida presidencia de don Ulises Odio Santos, constituyó varias Comisiones para llevar a cabo una reforma procesal completa, poniendo la legislación correspondiente a la altura de los problemas y avances técnicos de los últimos diez años. Una entre esas fue la Comisión para la Reforma de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Una primera Comisión hizo una revisión general de la ley actual, fiel heredera de la España de 1956, proponiendo reformas que la mejoran, pero sin alterar el enfoque básico sobre las principales instituciones que contiene. Una segunda Comisión elaboró un proyecto que intenta ese cambio radical y propone instituciones procesales nuevas, que alteran sustancialmente la estructura y función del proceso contencioso-administrativo, en cuanto a procedimiento (que se organiza como oral); en cuanto al objeto (que deja de ser exclusivamente el acto administrativo y se amplía hasta abarcar toda clase de conductas, incluso las omisivas y el silencio, de la Administración); en cuanto a la materia (que no es más la validez de ese acto, sino la legitimidad de la función administrativa con motivo del ejercicio de las potestades correspondientes); en cuanto a la legitimación (que es para toda clase de pretensiones con independencia del actual distingo entre derecho subjetivo e interés legítimo); en cuanto a las pretensiones (que pueden ser no solo de anulación e indemnización sino también de mera declaración y de condena, aun en punto al ejercicio de discrecionalidad administrativa); y en cuanto a la sentencia (que, correlativamente, puede ser no solo constitutiva sino también declarativa o condenatoria).

La reforma profunda así propuesta, puede resumirse diciendo que, desbordando el clásico modelo francés de justicia administrativa objetiva, dirigida únicamente a obtener anulación o indemnizaciones pecuniarias, se intenta una justicia contenciosa capaz de darle al administrado los bienes que busca obtener de la Administración, condenándolo a que los dé y, eventualmente, sustituyéndola en darlos. De tal enfoque el único antecedente conocido o, al menos, legislado es el llamado juicio de "acatamiento" (ottemperanza) del fallo existente en Italia desde hace ya varios decenios. Es una institución todavía en evolución en su país de origen, cuyos rasgos más útiles ha querido captar el anteproyecto de reforma en comentario, en la medida de lo posible según el marco constitucional ya dado en Costa Rica.

Reforma tan profunda exige explicaciones y críticas, que la pongan al

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

día y la pulan, en bien de la técnica jurídica y de la satisfacción de los importantes intereses que están en juego siempre que se toca profundamente la administración de justicia.

En marzo de 1986 la Corte Suprema de Justicia organizó un Seminario sobre la reforma, cuyo texto original se circuló entre los participantes, y, más específicamente, sobre los tipos posibles de acciones y sentencias en los diversos sistemas —latinoamericanos y europeos— de justicia administrativa, para que, sobre ese trasfondo, pudiese perfilarse mejor, con todas sus virtudes y defectos, la reforma propuesta. El Seminario fue de alto nivel y de un éxito, rotundo, dada la categoría de los conferenciantes, que fueron: (España), Francia, Venezuela y Costa Rica.

Se tocó el tema crítico y capital de la semioralidad del proceso contencioso-administrativo, que, siendo una entre las muchas innovaciones que contiene el anteproyecto, es indudablemente la que más impacto práctico tendrá para abreviar aquel proceso y hacer pronta y cumplida —como lo manda nuestra Constitución— la justicia administrativa costarricense. Dificultades económicas hicieron imposible la aparición temprana, que hoy es más bien tardía, de las conferencias, no obstante lo cual todas conservan su oportunidad, pues la reforma propuesta no es todavía ley de la República.

La presente publicación tiene por objeto brindar las conferencias al abogado costarricense, seguros como estamos de la utilidad y actualidad que aquéllas tienen, por la novedad de la materia.

Francisco Chacón Bravo
Eduardo Ortiz Ortiz

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

HACIA UNA RECONSTRUCCIÓN DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA. EL PROBLEMA DE LOS DERECHOS REACCIONALES Y LA SUBJETIVIZACIÓN DE LOS RECURSOS LLAMADOS OBJETIVOS*

Eduardo García de Enterría**

I

Este final del siglo XX nos plantea de nuevo en todo el mundo occidental un tema que hace treinta años creíamos de buena fe tener resuelto: el de una justicia administrativa eficiente.

Durante la primera mitad del siglo la doctrina y la jurisprudencia fueron reduciendo uno a uno los obstáculos que para la efectividad de ese sistema de justicia administrativa del siglo XIX no había acabado de vencer. La justicia administrativa se había montado con dificultades notables en dicho siglo XIX y esas dificultades restaban de haberse concluido en el cambio de siglo.

Los grandes dogmas como la separación entre la Administración y la Justicia que proclamó la Revolución Francesa, mediante una convencional interpretación del principio de la división de poderes; su consecuencia, el apotegma según el cual "juger l'Administration c'est encore administrer", que confiaba la justicia administrativa a simples órganos administrativos y no jurisdiccionales; el carácter impugnatorio con que se configuró el instrumento más vivaz del contencioso-administrativo, el recurso francés de "excès de pouvoir", derivado de la concepción jerárquica del control confiado al Consejo de Estado y a los Consejos de prefectura y no a verdaderos Tribunales; el sistema de lista en cuanto a los actos susceptibles de recurso y la exclusión sistemática del grueso de los actos producidos por la Administración, aquellos que contasen con algún elemento de apreciación discrecional; la limitación de los fallos a una declaración anulatoria o absolutoria respecto de los actos objeto de recurso, una consecuencia más de lo mismo; la remisión de la ejecución de las Sentencias a la Administración autora de los actos anulados, de nuevo conclusión de todo lo anterior; la limitación de los fundamentos de la impugnación, por el prurito del respeto a la independencia administrativa, etc.

La superación de esa cadena de limitaciones convencionales fue la hazaña de la primera mitad del siglo XX. Las grandes construcciones teóricas con que este siglo comienza (Hauriou, Duguit, Otto Mayer, Santi Romano) prestarán una base nueva y mucho más segura al Derecho Administrativo fragmentado y frágil creado trabajosamente sobre unos cuantos principios de la Revolución Francesa. A mitad del siglo la justicia administrativa parece haber eliminado los obstáculos: la jurisdiccionalización plena del recurso contencioso-administrativo, la cláusula general de competencia de los Tribunales contenciosos, que incluye a todos los actos administrativos posibles, sin excepcionar a los actos discrecionales, acosados por una panoplia de técnicas aparentemente suficientes (reducción básica de la discrecionalidad en virtud de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, desviación de poder, control de los hechos determinantes, principios generales del Derecho).

Pero como entre tanto la Administración ha seguido creciendo (crecimiento que pocos creemos que va a retroceder, no obstante todas las políticas de desregulación, de neo-liberalismo, de reprivatiza-

---

* Texto del documento presentado al ciclo de conferencias sobre Justicia Administrativa organizado por la Corte Suprema de Justicia, Costa Rica, San José, abril 1986.

** Profesor, Universidad Complutense de Madrid.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ción y demás *slogans* a la moda), esos logros de la justicia administrativa, en los que tantas ilusiones pusimos quienes ya somos viejos, se han visto enseguida que eran insuficientes.

En todos los países occidentales puede hoy hablarse de una crisis del sistema. Cuando he leído las "Ponencias de reforma a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa" de Costa Rica, que su Corte Suprema tan oportunamente ha promovido y sobre las que nos proponemos reflexionar en esta reunión, mi sensación ha sido de escasa sorpresa, más bien de reconocer los males de que el sistema adolece en mi propio país.

El primero de esos males parece ser el retraso. Las ponencias hablan de siete años para concluir un proceso; no muy distinta es la situación española, debo decir, y aun la de todos los 21 países del Consejo de Europa, si nos atenemos a la jurisprudencia de la Comisión y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el derecho a la tutela judicial "dentro de un plazo razonable" del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950.

Esa quiebra del sistema es justamente casi una quiebra definitiva en un sistema de justicia administrativa montado sobre la técnica impugnatoria de actos y sobre el carácter no suspensivo del recurso, con independencia de la casi segura mutación del Derecho en un plazo tan extenso que hace ilusoria una buena parte de las Sentencias estimatorias. Si en todos los órdenes jurisdiccionales "justice delayed is justice denied", en el contencioso-administrativo ello es evidente.

Frente a ese fallo tan elemental y tan grave las soluciones no pueden ser más que dos: aumentar el número de jueces y aligerar resueltamente el procedimiento (yo creo que yendo decididamente hacia juicios verbales rápidos, que son aptos para la mayor parte de los contenciosos; he visto que tal es la propuesta del Dr. Chacón Bravo).

Pero hay motivos más hondos tanto de la crisis del sistema como precisamente de que el retraso frustre el fin de los procesos contencioso-administrativos. Sin ánimo de agotarlos, me atrevería a enunciar unos cuantos, antes de detenerme en el particular que se me ha asignado:

—reducción de las vías administrativas a puramente facultativas; otra cosa es reforzar simplemente los privilegios posicionales de la Administración, pues tales vías son normalmente ineficaces;

—el tema de la fugacidad de los plazos para recurrir; aquí hay que separar el régimen de caducidad de los plazos puramente procesales por el criterio del Derecho Civil de los plazos largos de prescripción de los derechos materiales; en este sentido me muestro de acuerdo con la propuesta del Dr. Ortiz sobre la inexigibilidad de una previa declaración de ilegalidad de una resolución administrativa para poder reclamar los daños y perjuicios que ésta cause, dentro del plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad; a los ejemplos comparatistas que él proporciona, añado yo uno de especial relieve, el de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en las acciones indemnizatorias contra dichas Comunidades;

—el problema del abuso deliberado de la ejecutoriedad previa de los actos administrativos, abuso casi garantizado en sus efectos por el largo retraso que sufre la posibilidad de hacer cesar dicha ejecutoriedad; aquí no hay más remedio que generalizar los procesos cautelares o preventivos capaces de trastocar en el acto la situación de ventaja posesoria, con medidas abiertas no limitadas a la mera suspensión de los actos; es la vía seguida en Francia con el sistema de "référé", o en Italia con "l'ordinanza d'urgenza", y en casi todos los países europeos (no, por cierto, en España);

—el sistema de ejecución de las Sentencias, dejando atrás el convencional sistema de "separación" entre la Administración y los Tribunales y otorgando a éstos poderes directos de ejecución por sí mismos o por comisionados "ad hoc", en lo que están hoy también una buena parte de los países europeos;

—en fin, queda el tema de los tipos de acción, que es el que me va a ocupar el resto de mi intervención.

II

El problema de los tipos de acciones contencioso-administrativas surge de la evolución bien conocida del sistema francés de recursos. De nuevo una historia vieja de más de un siglo sigue condicionándonos en una situación histórica totalmente diversa.

Esa historia puede resumirse en muy pocas palabras. Sobre el principio de separación entre la Administración y los Tribunales se instaurará el sistema llamado de justicia administrativa retenida (retenida en el Ejecutivo) que se confía al Consejo de Estado como órgano consultivo del Gobierno. Sólo cuando el ciudadano invoca una privación de derechos subjetivos (especialmente los patrimoniales: propiedad, contratos, más tarde daños patrimoniales) será posible trabar un contencioso "de plena jurisdicción", lo que indica que el Consejo de Estado actúa con la plenitud de poderes que un juez ordinario: admite acciones declarativas, no se enjuician actos administrativos sino relaciones jurídicas, algu-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

nas muy complejas, y sus fallos pueden no sólo anular actos sino declarar la situación jurídica y condenar a la Administración a hacer o no hacer, a hacer más o hacer menos, todo lo preciso para respetar la extensión concreta de la relación jurídica que queda declarada.

Pero la posición del Consejo en el seno de la Administración y su asistencia al órgano más alto de la misma, el Gobierno, le va a llevar a controlar de oficio el vicio de incompetencia con que se encuentra en su actuación; enseguida se equiparará a la incompetencia el vicio de forma, en cuanto que la observancia de un determinado procedimiento condiciona el ejercicio legítimo de la competencia. Este control se ejerce en cuanto el Consejo de Estado es un órgano administrativo superior, no en cuanto es un juez.

Poco a poco los particulares comienzan a denunciar esos vicios de los actos administrativos, que se unificarán como "exceso de poder" y a los que se irán añadiendo más adelante otros motivos: infracción de Ley, desviación de poder. Pero los particulares actúan como denunciantes o en vía de simple petición para que el Consejo de Estado actúe sus poderes de oficio, no como una parte que abre un proceso, que ejercita una acción. Una Ley de 1872, sobre esta expectativa jurisprudencial, va a calificar esa denuncia como "recurso de exceso de poder", al lado e independientemente del tradicional recurso de plena jurisdicción. Deja de ser entonces una simple petición o una denuncia para convertirse en una verdadera acción, que obliga al Tribunal contencioso-administrativo (la misma Ley "delega" en el Consejo de Estado la jurisdicción contencioso-administrativa que hasta entonces retenía el Gobierno) a dictar una Sentencia.

Este recurso por exceso va a tener un éxito extraordinario; a su hilo se crea el Derecho Administrativo moderno, pues sólo él permite penetrar en el núcleo mismo de la actividad administrativa ordinaria, incluyendo los actos discrecionales, núcleo que quedaba al margen de la vía de plena jurisdicción.

Pero el progreso que esta vía significó hubo que pagarlo a un precio duro: la doctrina, hasta hoy mismo, más de 100 años después, se negará a ver en el proceso por exceso de poder un verdadero proceso entre partes; el demandante no sería una parte, porque no ejercita ningún derecho propio para el que pida tutela, sino que simplemente pone en marcha un proceso de control "objetivo" de los actos administrativos que impugna. No es, por tanto, el interés del recurrente (interés que le exige como "prenda de seriedad" de su recurso, para que éste no sea un simple medio de presión o de venganza) el que se examinará en la Sentencia de fondo; ese interés sirve sólo, por eso, para franquear el umbral de la admisibilidad, una vez pasado el cual el Tribunal se olvida de él para pasar a examinar la validez del acto atacado sin otro parámetro que el del Derecho objetivo. Por eso se dirá que este recurso no es un recurso "subjetivo", que sirva para tutelar derechos o relaciones jurídicas, sino un recurso "objetivo", en el que sólo se ventila la validez abstracta de un acto administrativo según el Derecho objetivo, al margen de quien se encuentre afectado por él y de sus situaciones jurídicas, las cuales quedan al margen de la Sentencia de fondo. No habría pues, proceso entre partes, porque no se enjuicia ninguna relación entre partes, sino un "proceso al acto" (concepto repetido desde Laferrière), proceso en el cual ni siquiera la Administración alcanza la posición de parte procesal verdadera.

Todo lo cual conduce a que el fallo posible en ese singularísimo proceso sin partes no pueda imponer a la Administración, que no actúa como demandada, nada en absoluto, ni declarar en favor del recurrente, que tampoco ejercita titularidades propias sino sólo una acción objetiva en interés de la legalidad, nada tampoco. La Sentencia de este singular recurso de exceso de poder, que no tendría paralelo con ningún proceso civil, deberá limitarse a un pronunciamiento abstracto: declarar la anulación del acto impugnado o absolver al acto del ataque. Nada más. Al recurrente no le conciernen ya las consecuencias de ese fallo. Sólo a la Administración corresponde extraer tales consecuencias. Más adelante, se admitirá que el recurrente podrá montar un segundo proceso si las consecuencias derivadas del primero no han sido correctamente extraídas por la Administración; otro proceso objetivo, también, aunque más adelante se aceptará la posibilidad de una acción indemnizatoria por eventuales perjuicios económicos.

Esta construcción ha sido matizada, discutida, incluso en alguna ocasión contradicha, pero en lo fundamental sigue inalterada, explicándose con la dualidad de conceptos recurso subjetivo/recurso objetivo, que propuso Duguit a principios de siglo. Pero es más: su vitalidad se ha demostrado al influir decisivamente, mediante una recepción "in toto" o "in complexu", sobre el sistema de justicia de las Comunidades Europeas en 1951-1957. Los Tratados de Roma y de París encomendaron al Tribunal de Justicia de las Comunidades un sistema de control sobre los actos de éstas que es la trasposición pura y simple del sistema francés.

Sobre esa dualidad de figuras procesales se montó en Italia su sistema de justicia administrativa,

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

nas muy complejas, y sus fallos pueden no sólo anular actos sino declarar la situación jurídica y condenar a la Administración a hacer o no hacer, a hacer más o hacer menos, todo lo preciso para respetar la extensión concreta de la relación jurídica que queda declarada.

Pero la posición del Consejo en el seno de la Administración y su asistencia al órgano más alto de la misma, el Gobierno, le va a llevar a controlar de oficio el vicio de incompetencia con que se encuentra en su actuación; enseguida se equiparará a la incompetencia el vicio de forma, en cuanto que la observancia de un determinado procedimiento condiciona el ejercicio legítimo de la competencia. Este control se ejerce en cuanto el Consejo de Estado es un órgano administrativo superior, no en cuanto es un juez.

Poco a poco los particulares comienzan a denunciar esos vicios de los actos administrativos, que se unificarán como "exceso de poder" y a los que se irán añadiendo más adelante otros motivos: infracción de Ley, desviación de poder. Pero los particulares actúan como denunciantes o en vía de simple petición para que el Consejo de Estado actúe sus poderes de oficio, no como una parte que abre un proceso, que ejercita una acción. Una Ley de 1872, sobre esta expectativa jurisprudencial, va a calificar esa denuncia como "recurso de exceso de poder", al lado e independientemente del tradicional recurso de plena jurisdicción. Deja de ser entonces una simple petición o una denuncia para convertirse en una verdadera acción, que obliga al Tribunal contencioso-administrativo (la misma Ley "delega" en el Consejo de Estado la jurisdicción contencioso-administrativa que hasta entonces retenía el Gobierno) a dictar una Sentencia.

Este recurso por exceso va a tener un éxito extraordinario; a su hilo se crea el Derecho Administrativo moderno, pues sólo él permite penetrar en el núcleo mismo de la actividad administrativa ordinaria, incluyendo los actos discrecionales, núcleo que quedaba al margen de la vía de plena jurisdicción.

Pero el progreso que esta vía significó hubo que pagarlo a un precio duro: la doctrina, hasta hoy mismo, más de 100 años después, se negará a ver en el proceso por exceso de poder un verdadero proceso entre partes; el demandante no sería una parte, porque no ejercita ningún derecho propio para el que pida tutela, sino que simplemente pone en marcha un proceso de control "objetivo" de los actos administrativos que impugna. No es, por tanto, el interés del recurrente (interés que le exige como "prenda de seriedad" de su recurso, para que éste no sea un simple medio de presión o de venganza) el que se examinará en la Sentencia de fondo; ese interés sirve sólo, por eso, para franquear el umbral de la admisibilidad, una vez pasado el cual el Tribunal se olvida de él para pasar a examinar la validez del acto atacado sin otro parámetro que el del Derecho objetivo. Por eso se dirá que este recurso no es un recurso "subjetivo", que sirva para tutelar derechos o relaciones jurídicas, sino un recurso "objetivo", en el que sólo se ventila la validez abstracta de un acto administrativo según el Derecho objetivo, al margen de quien se encuentre afectado por él y de sus situaciones jurídicas, las cuales quedan al margen de la Sentencia de fondo. No habría pues, proceso entre partes, porque no se enjuicia ninguna relación entre partes, sino un "proceso al acto" (concepto repetido desde Laferrière), proceso en el cual ni siquiera la Administración alcanza la posición de parte procesal verdadera.

Todo lo cual conduce a que el fallo posible en ese singularísimo proceso sin partes no pueda imponer a la Administración, que no actúa como demandada, nada en absoluto, ni declarar en favor del recurrente, que tampoco ejercita titularidades propias sino sólo una acción objetiva en interés de la legalidad, nada tampoco. La Sentencia de este singular recurso de exceso de poder, que no tendría paralelo con ningún proceso civil, deberá limitarse a un pronunciamiento abstracto: declarar la anulación del acto impugnado o absolver al acto del ataque. Nada más. Al recurrente no le conciernen ya las consecuencias de ese fallo. Sólo a la Administración corresponde extraer tales consecuencias. Más adelante, se admitirá que el recurrente podrá montar un segundo proceso si las consecuencias derivadas del primero no han sido correctamente extraídas por la Administración; otro proceso objetivo, también, aunque más adelante se aceptará la posibilidad de una acción indemnizatoria por eventuales perjuicios económicos.

Esta construcción ha sido matizada, discutida, incluso en alguna ocasión contradicha, pero en lo fundamental sigue inalterada, explicándose con la dualidad de conceptos recurso subjetivo/recurso objetivo, que propuso Duguit a principios de siglo. Pero es más: su vitalidad se ha demostrado al influir decisivamente, mediante una recepción "in toto" o "in complexu", sobre el sistema de justicia de las Comunidades Europeas en 1951-1957. Los Tratados de Roma y de París encomendaron al Tribunal de Justicia de las Comunidades un sistema de control sobre los actos de éstas que es la trasposición pura y simple del sistema francés.

Sobre esa dualidad de figuras procesales se montó en Italia su sistema de justicia administrativa,

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

El Derecho Privado es normalmente expresión de un principio de justicia distributiva *(suum cuique tribuere)*, de modo que la norma objetiva se descompone enteramente en una constelación de derechos subjetivos; por ello la aplicación forzosa del Derecho Administrativo queda confiada a los propios sujetos, los cuales, instando de los Tribunales la protección de sus derechos subjetivos, aseguran por sí solos todas las posibilidades de cumplimiento de la Ley. Pero el Derecho Administrativo está articulado de otro modo. Hay en él, por supuesto, manifestaciones de una justicia distributiva y es aquí, justamente, donde se insertan los derechos subjetivos de contenido típico que han encontrado su cobertura en los procesos de plena jurisdicción. Pero lo más común es que el Derecho Administrativo alimente sus normas de una valoración de los intereses colectivos, sin atender de manera expresa a la articulación de los mismos con los intereses privados. Todo el Derecho de la organización, por ejemplo, y en general las atribuciones de potestades que se configuran como verdaderas potestades públicas o de superioridad (por ejemplo: obras públicas, potestades de ordenación económica, orden público) está en ese caso. De lo cual parecería deducirse la imposibilidad de descomponer una norma objetiva de ese temor en un sistema de derechos intersubjetivos.

Nadie puede tener derecho, por ejemplo, a que un Ayuntamiento se constituya o delibere o adopte acuerdos como la legislación municipal dispone, o que un plan de urbanismo incluya todas las determinaciones que la Ley le impone. Parecería entonces que ningún ciudadano podría imponer la observancia de esas normas a la Administración, si la justicia administrativa hubiese de limitarse, como la justicia civil, a hacer valer verdaderos derechos y nada más. Lo cual presenta la mayor gravedad: si la legalidad de la Administración no pudiese ser exigida a ésta por los ciudadanos, esa legalidad sería ociosa, una simple regla moral, objeto a lo sumo del control político del Parlamento, no del control jurisdiccional de los Tribunales.

Es ante ese dilema como se puso en marcha un supuesto recurso objetivo, o la proclamación de que se tutelaban no sólo derechos sino también intereses legítimos. Pero estas tesis, viejas ya de un siglo, deben someterse a estrecha revisión.

Comencemos por observar que no puede valer la idea de un recurso "objetivo" o en puro interés de la legitimidad. Esta idea puede aceptarse cuando se trate del ejercicio de acciones populares, supuesto en el cual puede entenderse que el recurrente actúa como un Ministerio Público, según Hauriou interpreta la posición del recurrente por "excès de pouvoir". Pero fuera de este supuesto limitado, basta tener alguna experiencia judicial para comprender sin vacilaciones que los recurrentes defienden lo que vívidamente entienden ser sus derechos o, al menos, sus intereses (no adelantemos por el momento las calificaciones) y no la legalidad abstracta. Es totalmente convencional pretender que su interés se acaba con la admisión del recurso, que es lo que viene a resultar de la construcción de nuestras leyes jurisdiccionales que resuelven el tema del interés como un simple requisito de admisión o legitimación. El recurrente siente no sólo la admisibilidad, sino, especialmente, la desestimación como una negación substantiva de sus derechos. Esta vivencia es, en efecto, subjetiva, pero es también general, lo cual denota que alguna objetividad subyace en ella, y en cualquier caso es la que mueve el mecanismo entero de la justicia. El cual, con la excepción de los asuntos penales, es siempre un mecanismo de satisfacción de intereses subjetivos, de lucha por el propio derecho.

También se complican las cosas si se habla, como hacen nuestras leyes, de un simple interés en la anulación del acto. La jurisprudencia española ha concretado que por interés ha de entenderse, precisamente, un perjuicio que el acto cause al recurrente o un beneficio que de la eliminación de dicho acto le resulte. La jurisprudencia francesa mide también el interés por el *grief*, el perjuicio, la agresión, que el acto impugnado cause. Es ese principio lo substancial y no el interés, observación que nos permite reconstruir la actitud del recurrente, que no es una simple inclinación hacia el asunto, como parecería resultar del concepto de interés, sino como una *defensa frente a un perjuicio que le cause el acto de la Administración*, perjuicio que él estima injusto en cuanto producido al margen de la legalidad que pauta la actuación legítima de la administración.

Así se revela que lo que mueve al recurrente no es un abstracto interés por la legalidad, sino el concretísimo de estimar que la Administración le está perjudicando al obrar fuera de la legalidad y que, por tanto, ese perjuicio debe ser eliminado mediante la eliminación del acto ilegal que le causa. Así se conectan, pues, interés subjetivo y legalidad objetiva.

Se trata de que el ordenamiento ha apoderado al sujeto que demuestra que está en ese supuesto (perjuicio causado por una actuación ilegal de la Administración) para anular el acto que le causa el perjuicio. Esto es algo más que una regla procesal; es, por el contrario, una regla jurídico-material de primera importancia, una extensión substancial de la tutela, en virtud de la cual nadie está obligado a soportar perjuicios causados por actos ilegales de la

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Administración, atribuyendo a los sujetos, a ese efecto, una acción anulatoria de dichos actos.

Es, sencillamente, el otorgamiento de un específico derecho subjetivo.

Resulta completamente equívoco pretender que no hay aquí derecho subjetivo por la razón dogmática de que la norma que ha de juzgar la validez del acto es una norma configurada sólo para servir el interés general. Todas las normas jurídicas, y no sólo las administrativas, están basadas en el interés general. Pero donde está el derecho subjetivo, cuando éste se pone en pie con una acción de defensa, no es al producirse cualquier violación abstracta de cualquier norma (en este sentido no existe un derecho a la legalidad, contra lo que algunos han pretendido), sino en la conjunción entre violación de la norma y perjuicio personal al ciudadano, y es evidente que esa acción se otorga en interés del ciudadano que, en ese sentido y sólo en tal sentido, la ejercita.

Veamos cómo puede caracterizarse este tipo de derecho subjetivo.

V

Hay que partir para ello de la posición jurídica de la Administración como sujeto, la cual consiste esencialmente en que no puede obrar sino en virtud de apoderamientos legales explícitos, en virtud del básico principio de legalidad. Este principio de legalidad no es una mera regla organizativa de orden, como puede ser el caso de las normas que pautan el funcionamiento de una gran empresa. Por el contrario, la técnica del gobierno por la ley y no por los hombres se enraíza desde la Revolución Francesa en la idea de que la ley es la garantía de la libertad, tanto porque es la obra de la voluntad general de los ciudadanos como porque sólo la ley puede establecer los límites a la libertad. El artículo 4º de la Declaración de 1789 de Derechos del Hombre y del Ciudadano lo precisó muy bien:

"La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a otro; así los derechos naturales de cada hombre no tienen otros límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos. *Estos límites no pueden ser determinados más que por la ley".*

Y el artículo 5º lo corrobora diciendo:

"La Ley no tiene derecho a prohibir más que las acciones perjudiciales a la sociedad. *Todo lo que no está prohibido por la Ley no puede ser impedido y nadie puede ser forzado a hacer lo que ella no ordena".*

Esta concepción profunda sigue estando en la base de todo Estado de Derecho y es en ella donde se articulan las posiciones jurídicas respectivas de la Administración y del ciudadano. El principio de legalidad es por ello mucho más que una técnica de organización burocrática, es una técnica de garantizar la libertad. Toda acción administrativa que fuerce a un ciudadano a soportar lo que la ley no autoriza o que le impida hacer lo que la ley permite no sólo es una infracción de dicha ley, objetivamente considerada, sino que es una agresión a la libertad de dicho ciudadano. De este modo la oposición a un acto administrativo ilegal es en último extremo, una defensa de la libertad de quien ha resultado injustamente afectado por dicho acto.

Ha sido la conciencia larvada de esa idea la que ha alimentado la creación del "excès de pouvoir" o de la protección de los llamados intereses legítimos. Pues está claro que al reconocer al ciudadano una acción jurisdiccional para lograr la eliminación de los actos administrativos ilegales no se está atribuyendo al mismo una función abstracta de fiscalizador de la observancia objetiva de la legalidad por la Administración, una función de Ministerio Público; por el contrario, se le está reconociendo un verdadero derecho subjetivo para defender su libertad cuando ésta sea injustamente (*id est:* ilegalmente) atacada por la Administración: *ubi remmedium ibi ius.*

Por eso el perjuicio, el *grief,* o la pérdida de una ventaja, lo que está en el fondo del famoso interés, no es un simple requisito procesal, o una exigencia de "seriedad en el planteamiento del litigio"; es, por el contrario, la base misma de ese derecho subjetivo cuyo objeto es la eliminación de ese perjuicio o de ese *grief* si se demuestra injusto, demostración que ha de hacerse sobre la justificación de la ilegalidad del ataque administrativo.

¿Cómo explicar la estructura técnica de ese derecho subjetivo? Esquematizaremos:

1) Un sector de la doctrina italiana ha pretendido que en toda situación de "interés legítimo" o de ventaja derivada de la observancia de la legalidad por la Administración subyace siempre un derecho subjetivo típico; así el expropiado que impugna la irregular constitución o deliberación del Jurado de Expropiación o cualquier defecto en el procedimiento expropiado está defendiendo, en realidad, su derecho de propiedad; o el funcionario que ataca una regulación ilegal de su carrera defiende su "ius in officium", o el concursante que impugna la constitución irregular de la Comisión de selección su "ius ad officium". Un derecho subjetivo sería siempre "presupuesto del interés legítimo" y éste vendría a consistir en una extensión de la protección dispensada a tales derechos de fondo frente a los procedi-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

mientos (en amplio sentido) administrativos de incidencia sobre los mismos, para imponer su legitimidad. Es ésta una observación que estimamos certera y que puede contribuir a fortalecer considerablemente la situación de base de que el ciudadano parte por la incidencia que sobre la misma tiene el acto administrativo que se impugna, pero, no obstante, es una observación que puede ser equívoca. En efecto, como vamos a ver inmediatamente, y ya hemos avanzado, donde está el verdadero derecho subjetivo aquí relevante no es en esa titularidad subyacente que sostiene, en último extremo, la situación afectada por el acto administrativo a impugnar, sino, precisamente, en la reacción misma frente al acto ilegal que perturba el propio ámbito vital. Es esta lesión o perjuicio injustos lo que hace ponerse en pie el derecho subjetivo que aquí se ejercita, que es un derecho distinto del que subyace a la situación atacada (como el derecho a la reparación de un daño extracontractual causado por un tercero a una cosa propia no es un derecho real derivado de la titularidad de dicha cosa, sino, claramente, otro derecho distinto y nuevo).

2) Si antes de que esa lesión o perjuicio se produjesen no existía más que un derecho abstracto de libertad, de libre desenvolvimiento (artículo 10.1 de la Constitución española), de integridad del propio círculo vital, salvo en cuanto puedan afectarle prescripciones legales (en modo alguno, pues, un derecho a la observancia por la Administración de la legalidad objetiva), el hecho mismo de la producción de la lesión o perjuicio, cuando éste es ilegal o producido infringiendo la Ley, hace surgir un derecho subjetivo estricto, el derecho (que la atribución de la acción revela) a la eliminación de ese perjuicio, un derecho de defensa o protección (*Abwehrrecht:* Rupp, Henke). Es lo que en la caracterización de Roubier se llamaría una "situación reaccional", que este autor explica de esta manera: antes de la infracción no existiría un derecho subjetivo propiamente tal, sino un simple deber impuesto por la Ley al otro sujeto (aquí el deber de la Administración de respetar, de no interferir el ámbito vital de los ciudadanos sino legalmente); pero una vez el deber violado o infringido surge ya un verdadero derecho subjetivo, el de reparación o de restitución, que obliga a reintegrar al otro sujeto en la esfera de deber transgredida y a reparar, en su caso, el perjuicio que esa transgresión ha podido causar al dañado. Ejemplo en el Derecho Privado de estas situaciones reaccionales: acciones de responsabilidad, acciones de nulidad, acción de competencia desleal. Antes de la infracción del deber legal no existe propiamente un derecho subjetivo, porque si existiese podría su titular disponer de él y esa disponibilidad (renuncia anticipada a exigir responsabilidad —cláusulas de exclusión de responsabilidad—, renuncia anticipada al ejercicio de acciones de nulidad, etc.; aquí renuncia previa a impugnar los actos administrativos legales) no es admitida por el ordenamiento, lo cual acreditaría que el deber de que se trata en el otro sujeto es un deber objetivo hacia la Ley y no una obligación subjetiva hacia otra persona de que ésta sea titular activo; sólo cuando la lesión del ámbito vital de intereses se ha producido surge el verdadero derecho subjetivo por parte del lesionado, un derecho de *redressment* o de eliminación del perjuicio.

3) Con la explicación técnica anterior queda aclarado con simplicidad el fenómeno que aquí nos ocupa. La Administración no tiene hacia un ciudadano o hacia un conjunto de ellos, la obligación jurídica de observar la legalidad; por eso mismo no puede hablarse de que los ciudadanos tengan, invirtiendo la perspectiva, un derecho subjetivo a la observancia de la legalidad por la Administración, fuera de los casos en que sean titulares de verdaderos derechos subjetivos típicos. La observancia de la legalidad es para la Administración un deber puramente objetivo, derivado de la vinculación positiva que de dicha legalidad directamente resulta para ella, como hoy declara el artículo 103.1 de la Constitución española. Pero ese deber está instituido por el ordenamiento no sólo con fines organizativos abstractos, o en función de intereses materiales colectivos, sino también, y preferentemente, como una técnica de libertad de los ciudadanos, los cuales no pueden ser afectados por la administración en sus propios asuntos, en sus intereses, materiales y morales, más que a través de actuaciones legítimas, esto es, cubiertas o amparadas por la Ley. De este modo la Ley objetiva puede, contra lo que antes suponíamos, descomponerse, en efecto, en un conjunto de situaciones jurídicas subjetivas, lo cual se explica del modo siguiente. Cuando un ciudadano se ve perjudicado en su ámbito material o moral de intereses por actuaciones administrativas ilegales adquiere, por la conjunción de los dos elementos de perjuicio y de ilegalidad, un derecho subjetivo a la eliminación de esa actuación ilegal, de modo que se defienda y restablezca la integridad de sus intereses. Ese derecho subjetivo se revela en la atribución por el ordenamiento de una acción impugnatoria, cuya titularidad y consiguiente disponibilidad ostenta a partir de ese momento plenamente. Que del ejercicio de esta acción dirigida a la protección y restauración de su círculo vital injustamente perturbado, puedan derivarse consecuencias (beneficiosas o perjudiciales) para terceros, como consecuencia de la trascenden-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

cia de la actuación administrativa eliminada, resulta accidental. La acción y, consiguientemente, el derecho, no están dirigidos a purificar por razones objetivas la actuación administrativa, sino a la defensa de los propios intereses. El recurrente es, pues, parte en el proceso y no un representante de la Ley; la Administración también es parte procesal genuina en cuanto que destinataria de una pretensión procesal que la afecta y a la que se opone activamente; el recurso es, pues, subjetivo y no objetivo; lo que se hace valer en el proceso es, pues, un verdadero derecho subjetivo y no un simple interés, más o menos cualificado.

4) Por ello la famosa afirmación de Bachof, decisiva en la evolución práctica y en la interpretación del Derecho alemán, según la cual todas las ventajas (*Begünstigen*) derivadas del ordenamiento para cada ciudadano se han constituido en verdaderos derechos subjetivos, expresa un principio capital del actual Estado de Derecho; pero debe matizarse, para evitar posibles equívocos, con la observación de que la constitución en derechos subjetivos no surge directamente por la inferencia de tales ventajas desde el ordenamiento, sino sólo y únicamente cuando las mismas sufren una agresión injusta por parte de la Administración, derechos subjetivos que tienden entonces al restablecimiento de dichas ventajas por vía reaccional o de eliminación del injusto que las niega, las desconoce o las perturba.

5) Establecido lo cual, resulta sin justificación ninguna la limitación de la Sentencia estimatoria, o que dé curso a este tipo de derecho subjetivo, a la simple anulación del acto, sin otros pronunciamientos. Esta limitación viene de la vieja doctrina francesa sobre la supuesta naturaleza objetiva y no subjetiva de este recurso y, aunque algo quebrantada con ciertas fórmulas indirectas, se mantiene en Francia todavía en lo substancial. En este modelo histórico se han inspirado los artículos 42 y 43 de la Ley jurisdiccional española (equivalente a los artículos 22 y 23 de la Ley costarricense de la Jurisdicción), que exigen hacer valer un derecho subjetivo típico y activo, y no meramente reaccional, para poder obtener en el proceso contencioso, además de la anulación del acto, "el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma". Que esto está justificado es más que obvio: es una verdadera "situación jurídica individualizada" lo que hace valer, como hemos visto, quien se ampara en tal interés directo, que encubre realmente un verdadero derecho subjetivo y, por tanto, el restablecimiento de dicho derecho, o, lo que es lo mismo, la restauración de la esfera vital injustamente perturbada, resulta obligada en el fallo estimatorio. El principio constitucional de tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos (art. 24 de la Constitución española) así lo impone, por lo demás; si así no se hiciese, la tutela sería inefectiva.

VI

Queda un último problema, antes de terminar, y es si esa conclusión de la que resulta la necesidad de que las sentencias contencioso-administrativas sobrepasen el umbral de la mera anulación de los actos administrativos para entrar en los pronunciamientos de condena en el campo tradicional de "excès de pouvoir", puede suponer o no un desconocimiento de las responsabilidades políticas propias del Ejecutivo, si estaremos o no propugnando un verdadero "gobierno de los jueces", un gobierno, pues, por agentes no responsables democráticamente.

Mi respuesta a ese interrogante es que no. Es obligado reconocer toda la autonomía al Poder Ejecutivo y a los entes públicos menores para cumplir la función que la Constitución les atribuye como propia. Ninguna ventaja política, absolutamente ninguna, habría en intentar sustituir esa autonomía por la discreción o el buen o el mal sentido de los jueces, y aún esto supondría algo grave dentro de un sistema democrático, en cuanto que vendría a conferir un poder político directo a quienes no están legitimados por la voluntad popular ni pueden ser tampoco censurados por ésta. Todo panjudicialismo ingenuo ha de excluirse a partir de esa evidencia.

Pero es también patente que en un Estado democrático de Derecho (artículo 1 de la Constitución española) esa autonomía de los agentes del Ejecutivo no puede pretender extenderse al ámbito de lo antijurídico. Si demostramos que ese sería el caso en la hipótesis que nos ocupa, y que además ello supone la negación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva proclamada por nuestras Constituciones, la objeción cae por sí sola.

Lo que sí es cierto es que esa deseable extensión de los fallos contencioso-administrativos (que en parte en España se está realizando por la vía de la estimación de los suplicos que así lo piden, sin hacerse demasiada cuestión del problema) vuelve a exigir en los magistrados de esta jurisdicción una formación jurídica en Derecho Público perfectamente a punto, de modo que sus decisiones tengan una clara fundamentación en Derecho y no se presenten como meras inmisiones arbitrarias en un ámbito de responsabilidad que les es ajeno.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

LOS DIFERENTES TIPOS DE ACCIONES Y SENTENCIAS EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FRANCÉS*

JEAN MARIE AUBY**

Antes de abordar el estudio del tema es necesario indicar que su exposición conlleva limitaciones, justificadas por necesidades prácticas mucho más que lógicas.

1) Según la tradición francesa que confiere sentido propio al giro "contencioso administrativo" el presente estudio habrá de referirse únicamente a las acciones interpuestas ante un juez.

Deberá advertirse, sin embargo, el notable desarrollo que han tenido en Francia desde hace ya varios años ciertos procedimientos no jurisdiccionales de solución de conflictos administrativos.

No se trata de los recursos administrativos clásicos, recursos de gracia o recursos jerárquicos, que utilizan exclusivamente los reclamantes que quieren evitar un verdadero proceso. No se trata tampoco del arbitraje, prohibido en principio a la administración y con un empleo limitado principalmente a la materia de los contratos administrativos.

En este campo contractual hay procedimientos conciliatorios previstos en general por los clausulados típicos de los contratos administrativos, procedimientos que permiten muy frecuentemente la solución de conflictos entre la administración y sus suplidores o contratistas.

Ante todo, entre los procedimientos no jurisdiccionales de utilización frecuente y eficaz, debo referirme en primer término a los recursos presentados ante "las autoridades administrativas independientes". Se trata de organismos administrativos que el legislador ha ubicado fuera de la jerarquía administrativa, es decir: que no deben recibir órdenes o instrucciones de una autoridad superior y que son controlados únicamente por el juez. Se trata, por ejemplo, de la Comisión que conoce de la materia relativa a documentos administrativos de la alta autoridad de la información audio-visual; o bien de la Comisión de Informática y Libertad, que ejerce un control sobre los entes públicos con ficheros computadorizados y sobre el acceso a éstos por los interesados. Estos organismos pueden ser atacados por los particulares mediante recursos administrativos, según diversos procedimientos.

Debe mencionarse igualmente el éxito de la actividad del "Mediador" u "ombudsman", creado en 1973 con rasgos semejantes a los que tiene en otras numerosas legislaciones. Esta institución fue inicialmente acogida con escepticismo, pero se ha revelado en numerosos casos como una técnica adecuada para resolver conflictos de muy difícil solución para un juez. Esta técnica constituye actualmente un complemento útil de las instituciones del contencioso administrativo francés.

2) Este estudio se referirá, en segundo término, a las acciones ante el juez administrativo.

Es sabido que una tradición francesa muy antigua divide el contencioso administrativo en amplio sentido entre las jurisdicciones administrativas y las jurisdicciones de Derecho común, ambas con muy viejos orígenes.

---

* *Traducción del Dr. Eduardo Ortiz Ortiz.*

** *Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad de Bordeaux 1; Rector Honorario de la Universidad de Bordeaux; Decano Honorario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Bordeaux.*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Después de muy variadas vicisitudes, las jurisdicciones judiciales son todavía competentes para conocer de muy numerosos litigios administrativos en virtud de textos legales o de principios establecidos por la jurisprudencia.

Existen, en consecuencia, numerosas acciones administrativas interpuestas ante las jurisdicciones de Derecho Común.

Se trata, por ejemplo, de acciones de responsabilidad extracontractual, principalmente en las muy numerosas hipótesis en las que el legislador ha preferido dar competencia al juez judicial (por ejemplo: en lo que concierne a los daños causados por vehículos, incluso administrativos, por Ley de 31 de diciembre de 1957). Se trata también de acciones fiscales, pues el contencioso relativo a ciertos impuestos (impuestos indirectos, aranceles de aduana) está atribuido a jurisdicciones judiciales. Es también el caso de acciones contractuales de las que conocen estas mismas jurisdicciones judiciales, sea en virtud de textos legales, sea sobre todo en el caso de contratos de la administración sometidos a un régimen de Derecho Privado.

Los contenciosos administrativos judiciales abarcan, incluso, el contencioso de interpretación del sentido de los actos administrativos o declarativo de su validez. Se admite, en efecto, que el juez judicial, sobre todo el penal, que en principio no puede conocer de actos administrativos, puede, sin embargo, a título incidental y en el marco de un proceso de su competencia, apreciar el significado de los reglamentos administrativos o, en lo que toca al juez penal, la validez de dichos reglamentos, cuando éstos son un elemento determinante para establecer la culpabilidad o la inocencia del indiciado.

Un contencioso importante que corresponde a los jueces judiciales es el contencioso de las "vías de hecho", es decir: el de la ejecución material de un acto administrativo viciado por una grave irregularidad cuando lesiona el derecho de propiedad o ciertas libertades fundamentales.

En estos diversos contenciosos el juez judicial aplica bien el Derecho Privado, o bien quizá un Derecho especial de índole pública resultante de los textos legales que fundan su competencia, o de su propia jurisprudencia.

Esta dualidad en el contencioso administrativo francés plantea numerosos y difíciles problemas en la distribución de las competencias o, todavía peor, en las relaciones entre los dos órdenes jurisdiccionales (por ejemplo: hay conflictos entre decisiones que dan lugar a la intervención de la más alta jurisdicción francesa, El Tribunal de Conflictos).

Una visión completa del contencioso administrativo francés exigiría estudiar estos diversos tipos de acciones contenciosas judiciales. Ello no obstante, para no sobrecargar un tema de por sí complejo, me limitaré a la exposición de las acciones contenciosas planteadas ante la jurisdicción administrativa.

La problemática de este estudio implicará la siguiente idea general: En Derecho francés la existencia de numerosos tipos de acciones contencioso administrativas, ante las jurisdicciones administrativas, produce sentencias también diferentes.

Parece procedente preguntarse, entonces, cómo se explica esta diversidad, cuáles son sus causas. Esto será la materia de una primera parte de este estudio.

En la segunda parte se expondrá el régimen jurídico de esta variada pluralidad.

I. LAS CAUSAS DE LA DIVERSIDAD

Existe en el contencioso administrativo francés un alto número de acciones. Esta diversidad se puede explicar fundamentalmente por diversas razones.

A) El origen de las acciones.

En la mayor parte de los casos, las acciones contencioso administrativas se han originado en la jurisprudencia que las ha creado y organizado en circunstancias extremadamente diferentes.

No hay en Francia códigos o leyes generales de lo contencioso administrativo, como las hay en otros países, en los que regulan las diferentes vías jurídicas que pueden presentarse ante la jurisdicción administrativa.

Los textos franceses tocan la organización, la competencia, algunos aspectos de procedimiento y muy raramente los diversos tipos de acciones posibles ante dichas jurisdicciones administrativas.

Cuando se trata de acciones, hay frecuentemente textos tardíos en relación con el origen de aquéllas. Ocurre así con el recurso por exceso de poder creado por la jurisprudencia del Consejo de Estado a principios del siglo XIX, pero contemplado expresamente por textos legales en fechas mucho más recientes, precisamente por la Ley de 18 de

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

diciembre de 1940, que por primera vez ha regulado expresamente esa acción contenciosa cuando ya tenía siglo y medio de existencia.

Los textos legales sobre la materia tienen generalmente un alcance muy limitado y tocan sólo ciertos aspectos del régimen de las acciones, por ejemplo: la cuestión de los plazos de interposición.

En la inmensa mayoría de los casos, las acciones contencioso-administrativas han sido creadas y organizadas por la jurisprudencia, naturalmente en forma no sistemática y en función de circunstancias muy variadas.

Así por ejemplo: la acción por exceso de poder apareció a principios del siglo XIX, poco tiempo después de la creación por Napoleón del Consejo de Estado. El Consejo de Estado, que en cierta forma reemplazó el Consejo del Rey existente antes de la Revolución, heredó ciertas tradiciones de este último. En particular, ha heredado en cierta medida su calidad de superior de la administración y es sobre esta base que el Consejo de Estado decidió muy tempranamente que le era posible anular actos administrativos por demandas de los interesados.

La misma acción por exceso de poder ha sido regulada progresivamente en función de las circunstancias. Es habitual poner de relieve que una de las etapas más importantes de su desarrollo ha sido la correspondiente al Segundo Imperio: hacia 1860 el Consejo de Estado, por exigencia de los poderes públicos, ha habilitado ampliamente la posibilidad y el acceso a la acción por exceso de poder. Se intentaba compensar en una cierta medida el carácter autoritario del régimen político, de controlar estrictamente el respeto de la legalidad por la administración. Según la famosa frase de León Aucoc, la acción ha jugado el papel de una "válvula de seguridad".

Podrían darse otros ejemplos de esta creación jurisprudencial de acciones. Así, a principios del siglo XX, el Consejo de Estado se halló en presencia de una cierta tendencia de la administración que, inmediatamente después de la impugnación de sus actos ante el juez, se apresuraba a ejecutarlos rápidamente para crear situaciones irreversibles aun ante una anulación posterior. El juez administrativo fue llevado, entonces, a crear una acción específica para evitar provisionalmente la ejecución del acto impugnado. Este contencioso de suspensión del acto impugnado fue posteriormente consagrado y regulado por ley.

Otro ejemplo es el de las acciones declarativas de la inexistencia de un acto de la administración. La noción de inexistencia alude en Derecho Administrativo francés a actos que padecen un vicio extremadamente grave, los cuales, por otra parte, atentan contra la propiedad privada y ciertos derechos y libertades fundamentales. La jurisprudencia, en una época reciente (1966), fue así obligada a establecer una acción especial para tal tipo de hipótesis. El Tribunal de Conflictos (juez de las competencias), el Consejo de Estado y la Corte de Casación se pusieron de acuerdo para la creación de una acción declarativa de tal inexistencia, que presenta caracteres claramente excepcionales en el Derecho Administrativo francés. Por lo pronto, esta acción se puede interponer indistintamente ante el juez administrativo o ante el judicial. Por otra parte, no tiene plazos de caducidad. Esta acción, muy infrecuente, no ha sido todavía consagrada por ningún texto legal.

En otras ocasiones es el legislador quien, al crear situaciones administrativas nuevas, conduce al juez a la creación paralela de acciones adaptadas a tales situaciones.

Ocurre así con los textos legales en materia de urbanismo o de planificación territorial, que han llevado a la jurisprudencia a crear acciones sobre la base de textos legislativos a menudo muy vagos. Igualmente, las medidas de descentralización adoptadas a partir de 1982 han tenido por resultado principal la sustitución parcial de la tutela administrativa por la posibilidad, en favor de los representantes del Estado, de impugnar ante el juez los actos ilegales de las autoridades locales. Aquí también, sobre la base de textos muy poco precisos, la jurisprudencia ha tenido que crear acciones especiales que se distinguen desde diversos puntos de vista de las acciones clásicas, particularmente de la de exceso de poder.

Como se ve, el contencioso administrativo francés ha sido hecho por capas sucesivas cuya existencia explica su diversidad. Sin embargo, hay otras causas que lo explican.

B) La diversidad de principios que fundamentan las acciones.

Las vías de Derecho que constituyen el contencioso administrativo son la expresión de ciertos principios fundamentales, a los cuales otorgan una sanción. Estos principios han sido consagrados en diversas épocas y se han perfeccionado progresivamente sin confundirse.

El fundamental de tales principios es el de legalidad, que postula la sumisión de la administración al Derecho.

Este principio no es realmente consagrado en Francia sino en los inicios del siglo XIX, sobre la base de concepciones revolucionarias. En el antiguo régimen se admitía indudablemente que las autori-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

dades administrativas inferiores debían respetar el Derecho; pero era todo lo contrario en relación con las altas autoridades, y, sobre todo, con el Rey.

La consagración del principio de legalidad fue resaltada, como se dijo, por la creación de la acción de exceso de poder, que se reveló progresivamente como la técnica útil para todos los interesados en hacer anular actos administrativos ilegales. El Consejo de Estado hizo, a lo largo del siglo XIX, que esta acción fuese el arma esencial de defensa de los administrados contra los actos que atentaban contra sus intereses legítimos en tanto que distintos de los derechos subjetivos. El Consejo de Estado ha eliminado poco a poco las limitaciones en la aplicación del principio de legalidad y ha desarrollado las técnicas de control que le permiten juzgar el respeto de la regla de Derecho por los actos administrativos.

No es sino más tarde que el Derecho francés ha consagrado el principio de responsabilidad de la administración y, más específicamente, del Estado. Fuera de casos excepcionales previstos por textos legislativos, la jurisprudencia se negó por largo tiempo a permitir a los tribunales declaraciones de responsabilidad y condenatorias contra el Estado. Esta situación de irresponsabilidad comienza a desaparecer sólo desde la mitad del siglo XIX y únicamente en lo que concierne a los actos administrativos similares a los (actos) de los particulares (llamados actos de gestión). En época mucho más reciente, a principios del siglo XX, el Consejo de Estado declara al Estado responsable por todos sus actos, incluso por sus actos de autoridad (por ejemplo: de la policía de orden y seguridad). La jurisprudencia daría a este principio una amplitud considerable, aplicándolo no solamente a la actividad administrativa del Estado sino también a su actividad legislativa (1938), a los daños causados por los tratados internacionales aplicables en Francia (1966), y aún a los daños resultantes de la actividad jurisdiccional (1972-1978).

De conformidad con la lógica de este principio, el juez ha tenido que crear y organizar una acción de responsabilidad extracontractual que permita a las víctimas de daños invocar la responsabilidad de la administración y obtener indemnizaciones de daños y perjuicios por las entidades públicas. El Consejo de Estado ha definido paulatinamente las condiciones de admisibilidad y los poderes del juez en esta materia.

Otro ejemplo de la creación de principios generales y generadores de acciones es la creación por la jurisprudencia a principios del siglo XX de la noción de contrato administrativo, entendido como el celebrado por la administración y sometido a un régimen de Derecho Público, salvo disposición de la ley en contrario. Este régimen, muy diferente del contractual de Derecho Civil, conlleva en favor de la administración numerosos privilegios, pero igualmente en favor del contratista diferentes derechos de éste, principalmente a indemnizaciones.

La admisión de esta teoría del contrato administrativo ha sido paralela con la creación de acciones contractuales de Derecho Público, la mayoría de las cuales son de origen jurisprudencial.

Sobre la base de estos principios el juez ha admitido progresivamente que sean planteadas diversas cuestiones jurídicas, sobre la conformidad de un acto administrativo a la ley, o sobre la existencia y consecuencias de los derechos subjetivos... etc. De esta manera, como lo ha demostrado el Decano Duguit, las diferentes cuestiones que el juez autorizaba a plantear, han permitido la aparición de numerosas acciones de Derecho ante la justicia administrativa.

C) La diversidad de acciones en función de los poderes del juez.

Se trata ahora de un elemento esencial de distinción entre las acciones.

En efecto: por regla general, los textos no definen los poderes del juez. Es éste quien se ha fijado así mismo esos poderes y determinado las medidas que él podía adoptar por demanda de los reclamantes.

En la tradición francesa el juez administrativo tanto como el judicial, han estimado no disponer de la totalidad posible de los poderes normales del juez frente a la administración. La lógica del principio de separación de poderes (formulado y mantenido por las Constituciones revolucionarias), ha llevado al juez a creer que si bien tiene atribuciones para controlar la actividad del Poder Ejecutivo, en ningún caso puede sustituirse a otros Poderes Constitucionales, como el Legislativo o Ejecutivo. Esta limitación que el juez se impuso a sí mismo (pues se trata de autolimitaciones, según la fórmula tradicional) ha sido suavizada en alguna medida, pero se mantiene en sus rasgos esenciales.

Ante todo, el juez no acepta en principio sustituirse a la administración, ni adoptar en lugar de ésta los actos administrativos que ésta se niega ilegalmente a dictar o que dicta en forma ilegal. El juez considera, en efecto, que si lo hiciera se convertiría en un verdadero órgano administrativo, con violación del principio de separación de poderes.

Por esta razón, en el recurso por exceso de poder si el juez anula el acto ilegal o si anula la denegación ilegal de éste, el juez rechaza el adop-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

tar él mismo el acto administrativo debido. Por ejemplo: si anula la denegación ilegal de un pasaporte, se niega a emitirlo él mismo.

Sin embargo, en casos excepcionales el juez acepta sustituir con el suyo el acto ilegal de la administración. Ocurre así, por ejemplo, en el contencioso electoral. El Consejo de Estado, desde que anula una ilegal proclamación electoral, hace la correcta él mismo, eventualmente en favor de otro candidato que declara electo.

En la acción fiscal el juez no se limita a anular el acto tributario ilegal: él mismo hace la liquidación legal del tributo y dicta la imposición.

En estas diversas hipótesis el alcance de los poderes del juez ha llevado a hablar de acción de plena jurisdicción. Se trata, no obstante, de casos muy excepcionales, que corresponden exclusivamente a contenciosos especiales. Aquí se da, en todo caso, un criterio importante de distinción entre las acciones.

Una segunda e importante limitación consiste en que el juez no acepta en principio imponer a la administración obligaciones de hacer. Considera que la administración no es una parte como las otras y que el juez no puede darle órdenes. Puede simplemente anular sus actos y hasta imponer indemnizaciones pecuniarias, pero no más. La obligación de hacer no puede salir de un juez, si no de una decisión que la administración adopta libremente con vista de la cosa juzgada.

Todo lo que el juez acepta hacer, fuera de la anulación, es la consagración de una obligación de dar, o sea: la orden a la administración de pagar una suma de dinero sobre la base de un crédito nacido de la ley, o de una sentencia de un juez en las hipótesis de la responsabilidad. Pero también en este aspecto es excepcional que el juez dirija órdenes a la administración.

En el contencioso de suspensión del acto impugnado, ya mencionado, el juez ordena a la administración no ejecutar provisionalmente el acto atacado con una acción por exceso de poder.

O bien, en una forma reciente de un nuevo contencioso, el de las multas, contra la administración contumaz, creado por la Ley de 16 de junio de 1980, el juez ordene a la administración ejecutar un fallo bajo apercibimiento de una condenatoria pecuniaria o multa jurisdiccional.

Se comprueba, a esta altura, que esta modulación de los poderes del juez es la causa de una diversificación de acciones contenciosas.

II. EL ORDEN DE LA DIVERSIDAD

A) La tipología de las acciones.

No es muy fácil introducir el orden entre la diversidad de acciones contencioso-administrativas.

Grandes juristas, sin embargo, han intentado hacer clasificaciones racionales.

La más importante corresponde al Decano Duguit. En su gran Tratado de Derecho Constitucional, el maestro de la Escuela de Bordeaux, ha propuesto una clasificación fundada sobre la naturaleza de la cuestión planteada ante el juez.

Ha distinguido a este respecto el contencioso objetivo en el que el juez conoce de una cuestión de Derecho objetivo. Se le pide en la demanda decidir si una regla jurídica ha sido violada por un acto jurídico o material de la administración.

En el contencioso subjetivo el juez debe buscar la existencia o inexistencia de un derecho subjetivo y establecer las consecuencias de la eventual lesión contra este derecho.

Según Duguit la distinción presenta numerosas ventajas. Por ejemplo: en lo que toca a la admisibilidad de la acción, la misma debe ser amplia en el contencioso objetivo, pues todo el mundo tiene interés en hacer respetar la regla de Derecho. Al contrario, en el contencioso subjetivo sólo pueden ser admitidos aquellos que tienen o invocan un derecho subjetivo. Las ventajas conciernen igualmente a la cosa juzgada, que debe ser de mayor alcance en el contencioso objetivo.

El interés científico de esta clasificación es indudable. Sin embargo, presenta ciertas dificultades de aplicación y no siempre es fácil determinar si una acción entra en una u otra de estas categorías. Sobre todo, esta clasificación no es conforme con ciertos datos de los textos legales y de la jurisprudencia.

En efecto: el legislador y la jurisprudencia, cuando han hecho clasificaciones de las acciones contenciosas, se han fundado en algunas anteriores a la de Duguit, hechas con vista de la naturaleza de los poderes del juez. Principalmente el legislador y la jurisprudencia han mantenido la categoría de los recursos llamados de plena jurisdicción, (por ejemplo: en las leyes sobre plazos de interposición de las acciones), que se caracteriza simplemente por el alcance de los poderes a disposición del juez.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Ante tal panorama, si se quiere ser fiel al Derecho positivo precisa distinguir los recursos en función del alcance de los poderes del juez, aun si, como lo dice Duguit, no se trata de un criterio jurídico esencial.

En una exposición breve de las diferentes acciones contencioso administrativas francesas se pueden distinguir las acciones declarativas o de interpretación, las acciones de anulación, las acciones ejecutivas y, en fin, las acciones complejas.

En las acciones declarativas se demanda para que el juez haga una declaración del Derecho aplicable a un cierto acto. En su fallo, a veces llamado sentencia declarativa, el juez declara la conformidad o disconformidad de un acto unilateral o contractual a una regla de Derecho. Podrá el juez igualmente determinar el significado de un acto unilateral, de un contrato, e incluso, de un acto jurisdiccional.

Las acciones declarativas comprenden principalmente en Francia las acciones de apreciación de la validez o las acciones de interpretación. Se trata de vías de Derecho cuyo campo es muy restringido. Normalmente se trata de un contencioso incidental, generado por otro contencioso pendiente.

Por ejemplo: el juez judicial que conoce de una acción de su jurisdicción puede topar con el problema de un acto administrativo cuyo sentido o validez sea necesario establecer para fallar su caso. Porque no puede o no quiere conocer de este tipo de asunto, invita a la más diligente de las partes a llevar la cuestión a un juez administrativo mediante una acción llamada de apreciación de la validez o de interpretación del acto en virtud de reenvío (judicial). Armado con el pronunciamiento del juez administrativo, el interesado podrá retornar al juez judicial, que continuará conociendo del litigio principal.

Las acciones declarativas no son todas dependientes de otro contencioso principal. Es posible, sobre todo, demandar de un juez administrativo la interpretación de una decisión o de un contrato administrativo. No obstante, el Consejo de Estado sujeta tales recursos a condiciones de admisión, principalmente en cuanto a legitimación por interés, muy estrictas.

La declaración que corresponde al juez pasa con autoridad de cosa juzgada. Pero tal autoridad está a menudo limitada a surtir efecto sólo en el proceso principal que ha motivado la acción declarativa.

Algunos autores estiman, por lo demás, que el contencioso declarativo ocupa un lugar muy limitado en el Derecho francés y que debería ser más accesible y amplio.

Por lo contrario, la acción de anulación genera un contencioso de gran amplitud.

Aquí se pide del juez administrativo, exclusiva o esencialmente, pronunciar la anulación de un acto administrativo tachado de ilegal.

Esta petición puede darse en acciones muy diversas en las cuales el juez dispone de poderes amplios. Por ejemplo: en las acciones contractuales las partes pueden pedir la anulación del contrato como tal o de un acto de ejecución del contrato (como las sanciones impuestas por la administración al contratista). Pero se trata de una especie de contencioso que no se puede clasificar en la categoría de la acción de anulación.

Se puede, por lo contrario, clasificar como de anulación las acciones contra una sentencia en la hipótesis de la casación, en la cual el juez se limita a anular un fallo impugnado sin adoptar el sustitutivo, que es encomendado a otro juez.

Pueden citarse igualmente las acciones declarativas de la inexistencia (de un acto), ya mencionadas, en las cuales se demanda del juez administrativo o judicial declarar inexistente un acto administrativo viciado por una ilegalidad grave y manifiesta y capaz de lesionar la propiedad u otros derechos fundamentales.

Sin embargo, el elemento esencial del contencioso de anulación es el recurso por exceso de poder, pieza maestra del contencioso administrativo francés, imitada en otros muchos países.

En este tipo de acción bien conocido se pide del juez (juez local, o sea: Tribunal Administrativo o Consejo de Estado) pronunciar la anulación de un acto administrativo por violación de la legalidad.

Este recurso nació, como ha sido dicho, a principios del siglo XIX, pero no es sino mucho tiempo después que ha sido desarrollado por el juez administrativo en un sentido de accesibilidad y amplitud cada vez más generoso.

Esta acción se puede interponer contra cualquier acto administrativo unilateral, reglamento, acto individualizado, escrito, verbal y aun tácito, positivo o negativo... etc. Está excluido sólo en relación con actos no administrativos, principalmente leyes o sentencias.

Está excluido también contra los contratos, respecto de los cuales las partes tienen las acciones contractuales, que son distintas; ello no obstante, los terceros con interés en la anulación o, al contrario, en la ejecución del contrato, pueden utilizar la acción por exceso de poder contra los "actos separables" del contrato, dentro de condiciones especiales.

Debe ejercerse la acción por exceso de poder en un plazo breve (dos meses, salvo el caso de

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

regímenes especiales), pero es muy amplio el acceso al mismo en lo que toca a los actores. Basta al efecto un simple interés. El interés es, sin duda, entendido en una manera muy estricta cuando la demanda ataca un acto individualizado. Por lo contrario, cuando se trata de un reglamento, el juez admite la acción por parte de todo aquel que en una forma cualquiera sea susceptible de ser perjudicado por el reglamento, aun si tal interés es muy difuso o eventual.

Por ejemplo: el hotelero puede atacar un reglamento del Ministro de Educación que fija los feriados escolares, pues el mismo puede afectar la actividad de los hoteles en general.

Los intereses pueden ser tanto de personas físicas como morales, de personas públicas como privadas.

El acto impugnado debe ser capaz de causar perjuicio, quiere decirse: de producir consecuencias jurídicas, materiales o morales sobre aquel que plantea la demanda. Esta regla excluye la acción contra los actos preparatorios, los dictámenes por ejemplo, que se limitan a preparar una decisión posterior. Igualmente es inadmisible la acción contra los actos confirmatorios de una decisión previa, verdadera causa del perjuicio; y también la dirigida contra los actos interiores de la administración, principalmente las circulares jerárquicas, que se reputan incapaces de producir efecto directamente sobre los administrados; pero si la circular esconde en la realidad un reglamento o una decisión individualizada, el juez acepta la acción.

Los motivos de esta acción, sean: los argumentos que el actor puede invocar contra el acto impugnado, son necesariamente relativos a la violación de una regla de Derecho, con exclusión de toda causa fundada sobre la presunta lesión de un derecho subjetivo. Puede tratarse de normas de competencia, de forma o de fondo, extremadamente diversas. Pueden invocarse, por ejemplo, la violación de una norma constitucional, de un tratado internacional aplicable en Francia, de la ley ordinaria, de reglamentos administrativos... etc. Entre tales reglas están aquellas que el juez crea por sí mismo sobre la base de textos o de ciertos principios, reglas llamadas en Francia "principios generales de Derecho".

Los motivos de ilegalidad corresponden a técnicas extremadamente diversas, desarrolladas por el Consejo de Estado a lo largo de casi dos siglos.

Las "aperturas" de la acción por exceso de poder (causas o motivos de ilegalidad) son de muy diversas formas. El actor puede invocar la incompetencia del autor del acto, o la violación de una regla de forma o de procedimiento.

Puede invocar la violación de la regla de Derecho en los diferentes aspectos arriba indicados. Se puede fundar sobre la desviación de poder, quiere decirse: sobre la ilegalidad del fin perseguido por el autor del acto, quien, por ejemplo, ha actuado en su interés personal o, incluso, por interés público pero no correspondiente por ley a un acto de esa naturaleza.

La "apertura" más "dinámica" es la concerniente al motivo del acto, que constituye una noción objetiva y no subjetiva (no se trata de la "motivación" escrita del acto en su texto, que da las razones justificantes de la intervención administrativa). Se entiende por "motivo" la situación objetiva de Derecho o de hecho que, según la regla de Derecho, debe preceder el acto y que constituye su fundamento legal. Por ejemplo: el motivo de la sanción infringida a un funcionario es la existencia de una falta profesional cometida por éste; el motivo del acto de policía es la existencia de una situación contraria al orden público.

El juez ejerce un control sobre el acto en relación con el motivo fijado por la regla de Derecho (o, en ciertos casos, por la jurisprudencia misma).

En todos los casos y sobre todos los actos administrativos el juez ejerce un "control mínimo"; verifica si el acto ha sido bien adoptado en presencia de un motivo real y conforme con la ley. Desde hace algunos años el juez verifica también si la administración ha cometido un "error manifiesto" de apreciación en cuanto a la existencia y a los caracteres del motivo.

En ciertos casos, el control del juez va más lejos. Se trata de un control de la calificación jurídica del motivo, en el cual el juez investiga si la situación de hecho y de Derecho invocada por la administración para dictar su acto corresponde o encaja bien con el motivo previsto por la ley. Así, en presencia de una sanción disciplinaria, el juez investiga si los hechos invocados por la administración caben bien en la categoría jurídica de "las faltas profesionales".

Se dan, incluso, hipótesis en las cuales el control del juez avanza más lejos y cae sobre la proporcionalidad de la decisión en relación con su motivo. El juez investiga aquí si una medida de policía de cierta naturaleza está bien justificada por las circunstancias o si la administración, al contrario, debió limitarse a una sanción menos severa. En el caso de sanciones disciplinarias en el ámbito de la función pública investiga si la sanción impuesta no es manifiestamente proporcionada a la falta.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Si el juez comprueba la ilegalidad pronuncia la anulación del acto, que lo hace desaparecer erga omnes y, en principio, retroactivamente.

La tercera categoría de acciones se suele llamar "acción ejecutiva" o "de ejecución".

Se trata de un conjunto normativo un poco abigarrado, con base en el cual se pide del juez ordenar una medida de ejecución fundada sobre una regla de Derecho o sobre un derecho subjetivo existente o del cual el juez comprueba la existencia. Esta medida de ejecución será eventualmente sustitutiva de la adoptada por la administración.

La hipótesis principal es aquella en la que el juez decreta y ordena la ejecución de un derecho de crédito cuya existencia reconoce. Este derecho puede nacer de un texto legal o de un contrato. Puede igualmente nacer de la aplicación por el juez del principio de responsabilidad.

El juez considera que una cierta situación hace nacer contra la víctima de un daño un crédito cuyo correlato es la obligación de la administración de pagarle la correspondiente indemnización.

Esto es así sobre todo en las acciones de responsabilidad contractual o extracontractual. El juez pronuncia aquí una condenatoria pecuniaria contra el ente público demandado o, eventualmente, contra el particular.

Este recurso, extremadamente desarrollado en el Derecho francés, está sujeto a un régimen de Derecho Público creado por el Consejo de Estado y profundamente diferente de aquel aplicable a la responsabilidad en el Derecho Civil. Requiere, en principio, la prueba de una falta, de un funcionario determinado o, incluso, una falta anónima del servicio público. No obstante, el juez y el legislador han previsto en casos muy numerosos una responsabilidad sin falta, en la que la víctima tiene que probar únicamente el daño sufrido y la relación de causalidad. Se ha llegado a sostener que la lógica del Derecho Administrativo justifica la generalización de la responsabilidad sin falta; pero consideraciones presupuestarias y fiscales han conducido a mantener la exigencia de una falta como regla general.

Otras acciones pueden hacerse entrar en esta categoría. Se trata, por ejemplo, de la acción de suspensión del acto impugnado, en la cual una persona que impugna un acto por exceso de poder pide al juez ordenar a la administración no ejecutar dicho acto mientras su legalidad no haya sido definitivamente establecida.

Existe también ante el juez administrativo un muy excepcional contencioso de la represión, en el cual el juez administrativo impone una sanción penal a las personas que han cometido actos contrarios a ciertas reglas, como las tocantes al dominio público.

Se puede, en fin, identificar una cuarta categoría de acciones "complejas", en las cuales pueden darse todas las peticiones antes analizadas y también otras. Aquí se demanda del juez una declaración, o una anulación, o una orden de ejecución; el juez podrá, en ciertas circunstancias, sustituir con su decisión la adoptada por la administración. Estas acciones suelen llamarse de plena jurisdicción, lo que alude a la amplitud de los poderes del juez.

B) La separación de las acciones.

La diversidad de acciones que se acaba de describir ¿significará que las acciones contenciosas administrativas son excluyentes? Más precisamente: desde que una situación contenciosa puede encajar en dos tipos de acciones, ¿podrá el interesado escoger entre ellas?

Puede decirse que en principio la exclusión opera y que la elección entre acciones contenciosas no es posible sino en situaciones muy excepcionales.

Un primer ejemplo que se puede dar de esta regla concierne a las situaciones que generan acciones de responsabilidad contra la administración.

Por ejemplo: si la responsabilidad está prevista por un texto legislativo, sobre éste tiene que fundarse el interesado, quien no podrá, a pesar de que ello sería más ventajoso, invocar el régimen general de responsabilidad de la administración y sus principios. O bien: en los casos en que sería posible invocar simultáneamente la responsabilidad contractual y la extracontractual de la administración, tal elección está prohibida. El Consejo de Estado ha optado por decidir que en tales casos el interesado debe necesariamente ubicarse en el terreno de la responsabilidad contractual.

El ejemplo más conocido es el relativo al recurso por exceso de poder. Por su definición tan amplia, la acción por exceso de poder puede darse en las situaciones contenciosas más variadas. Por ejemplo: el contratante de la administración podría querer entablar esta acción para anular las medidas unilaterales adoptadas por la administración en la ejecución de un contrato. La persona que sufre un daño y que topa con una denegación de la indemnización por parte de la administración podría también intentar la acción anulatoria contra este rechazo. Esta tentación es tanto más fuerte cuanto es más simple y barato poner en marcha la acción por exceso de poder. Sin embargo, el Consejo de Estado se ha mostrado siempre hostil a este tipo de empleo de la acción por exceso de poder. Antes, su actitud se fundaba en el deseo de dar una protección a los aboga-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

dos litigantes ante el Consejo de Estado, pues la acción por exceso de poder, a diferencia de otras muchas, no exige intervención de abogados. Hoy es sobre todo otra la razón que justifica su actitud y es la de no pertubar el régimen de las competencias.

En todo caso, el juez opone a todos estos usos extensivos de la acción por exceso de poder la teoría llamada de la "acción paralela". Desde que el juez reputa que el actor dispone de otra acción distinta, capaz para procurarle un resultado equivalente, rechaza el recurso por exceso de poder. Por ejemplo: el contribuyente que dispone de acciones fiscales no puede atacar por exceso de poder la imposición lesiva.

Sólo excepcionalmente el juez administrativo deroga estas reglas. Por ejemplo: el funcionario que pretende tener derecho a una cierta prestación pecuniaria de la administración, puede impugnar por exceso de poder la decisión que rechaza su reclamo, en lugar de interponer una acción de plena jurisdicción.

Como queda descrita, así es la diversidad de las acciones contenciosas en materia administrativa. Algunos autores han lamentado ocasionalmente esta diversidad y propugnado un régimen más sistemático y lógico del contencioso administrativo. Pero puede concluirse en que, no obstante su carácter un poco insólito, la gama de opciones ofrece al administrado una protección muy amplia contra las ilegalidades cometidas por la administración. Los progresos por hacer consisten más en el perfeccionamiento de ciertas acciones con limitaciones que en una reforma completa del sistema contencioso administrativo francés.

* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

LA LEGISLACIÓN ITALIANA SOBRE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA*

MASSIMO SEVERO GIANNINI**

1. El conjunto de los institutos jurídicos dirigidos a la tutela de las situaciones subjetivas de los ciudadanos en relación con los poderes públicos, en Italia ha recibido el nombre "justicia administrativa", nombre que no tiene parangón en los lenguajes jurídicos de otros países, en los que se utilizan locuciones más apropiadas al menos desde el punto de vista jurídico. "Justicia administrativa" no es, en realidad, una noción jurídica, si no la adaptación en jerga de un *slogan* político, aquel de "justicia en la administración", que algunos grupos de liberales y de liberales democráticos introdujeron en los años setenta del siglo pasado, para indicar la finalidad de la campaña política que habían emprendido para lograr jurisdiccionalizar la tutela de los intereses legítimos y que desembocó, en el sucesivo decenio, en la creación de las Secciones jurisdiccionales del Consejo de Estado y en la atribución de funciones jurisdiccionales a las Juntas provinciales administrativas.

Hoy, después de más de ochenta años de aquellos acontecimientos, la "justicia administrativa", en Italia, está compuesta de varias partes así constituidas: a) algunos procedimientos administrativos de segundo grado, de impugnación de actos de órganos de administraciones públicas ante otros órganos administrativos llamados, corrientemente, recursos administrativos y científicamente procedimientos contenciosos o bien, recientemente, procedimientos administrativos de justicia; b) por la jurisdicción administrativa, que comprende los Tribunales administrativos regionales de primer grado, por las Secciones jurisdiccionales IV, V y VI del Consejo de Estado y por órganos atípicos, como el caso del Consejo de Justicia Administrativa de la Región siciliana; c) por la jurisdicción contable; hoy constituida por las Secciones jurisdiccionales de la Corte de Cuentas; d) por el especial régimen de las atribuciones jurisdiccionales de la jurisdicción ordinaria en relación con la administración pública; e) por algunas jurisdicciones especiales, como la indicada Corte de Cuentas, los Tribunales de las aguas, algunos consejos nacionales de órdenes profesionales, que aún existen a pesar que la disposición VI transitoria de la Constitución había dispuesto su eliminación; y, f) por la Corte de Casación como jueza de las cuestiones de jurisdicción. Ya no se acostumbra tratar como pertenecientes a la justicia administrativa aquellos órganos del contencioso y de las jurisdicciones tributarias, que han llegado a constituir en sí mismo un sector y tampoco vienen tratados como tales, nunca lo fueron, los órganos jurisdiccionales no estatales ante los cuales las administraciones públicas pueden o no ser parte, tales como las jurisdicciones internacionales, comunitarias, las comisiones arbitrales, etc.

No obstante la compleja descripción que se ha hecho la justicia administrativa es hoy mucho más simple de aquella anterior a 1941, época en que existían centenares de órganos jurisdiccionales especiales y de órganos administrativos contenciosos y cuando existían muchísimos problemas de aplicación aún abiertos. Con todo ello el conjunto de los institutos de justicia administrativa, en la forma que existe en Italia, constituye un contexto que puede ser considerado entre los más compli-

---

* *Traducción de Mario Granados Moreno y Álvaro Fernández Silva. Abril 1986.*

** *Profesor.*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

cados del mundo entero, no tanto por el número de los órganos y por la variedad de los procedimientos y de los procesos (que, por ejemplo en los ordenamientos inglés y norteamericano es mayor que en Italia) cuanto por sus características estructurales de conjunto, que hacen su funcionamiento de difícil maniobra y crean estrangulamientos no superables.

Lo anterior se deriva de razones históricas, por cuanto el contenido de la justicia administrativa de hoy se formó por episodios seguidos en el tiempo, cuyos directores fueron legisladores normalmente desprevenidos o tímidos. Ello es lo que de seguido pasamos a demostrar, en forma breve.

2. Antes de la formación del Estado italiano la situación era la siguiente: Las legislaciones de algunos Estados tenían instrumentos elementales de justicia administrativa, constituidos por recursos administrativos, regulados de manera rudimentaria; así El Reino Lombardo Veneto, el Ducado de Módena, el Estado pontificio; en estos Estados no era posible acción alguna ante un juez contra las administraciones públicas, en aquellas materias regidas por el Derecho Público. Ello en cambio sí era posible en el Gran Ducado de Tocana, cuya legislación conocía bastantes figuras de recursos administrativos y tenía varios órganos administrativos contenciosos, como los Consejos de Prefectura, el Consejo de Estado, y la Corte de Cuentas. Similares fueron las legislaciones de Parma y de Nápoles, así como la del Reino de Cerdeña. El Ducado de Parma había conservado el Consejo de Estado del periodo napoleónico; en el Reino de Nápoles de 1817 estuvo vigente un sistema de recursos ante órganos administrativos contenciosos, como los Consejos comunales electivos, los Consejos de Intendencia, la I Cámara de la Gran Corte de las Cuentas (del contencioso administrativo); era necesaria la aprobación real para ser ejecutivas las decisiones de los órganos contenciosos administrativos.

La legislación del Reino sardo piamontés constituye el antecedente inmediato de la legislación italiana. Había sido reformada con R.D. 30 octubre 1859, con base en plenos poderes, después de haberse producido un debate de cerca de diez años, y contemplaba los Consejos de Gobierno, para las materias locales; el Consejo de Estado (Sección del contencioso administrativo), la Corte de las Cuentas (para la materia contable). Esta última para algunos era ya una jurisdicción especial, en tanto que se mantenía la duda sobre la jurisdiccionalidad de las atribuciones del Consejo de Estado por cuanto éste no juzgaba como juez de alzada: se trataba de aquellas materias que después vendrían conformadas dentro de la jurisdicción de mérito (controversias en materia de deuda pública, de embargos de temporalidades y otras).

Por ende, en síntesis, tres de los Estados italianos adoptaban aquello que fue denominado el sistema de la justicia retenida, tres aquello que era definido como el sistema de los tribunales del contencioso administrativo y uno, Tocana, el último sistema pero con una más amplia atribución de competencias a la autoridad judicial ordinaria, por lo que este último podía ser considerado el más avanzado.[1]

Debemos tener claro que hablar, respecto de aquellas legislaciones, de un "sistema" hoy parece impropio, por ser las mismas nada más conjunto de institutos en los cuales lo que predominaba era más bien la confusión. Así como hoy permanece el eco de la crítica de los liberales, a partir de la mitad del siglo pasado en adelante, consideramos casi abominable el "sistema" del contencioso administrativo. En realidad el juicio es errado, porque el pasar del sistema de la justicia retenida a aquel de contencioso administrativo fue un efecto de una difícil conquista lograda por los propios liberales: el primero pertenece a aquellas constituciones estatales que no adoptan el principio de la división de los poderes, y no conocen derechos subjetivos de los ciudadanos en sus relaciones de Derecho Público con los poderes públicos, por lo que la tutela de los intereses del Privado queda confiada a la benevolencia del soberano, y por ello a la burocracia.

El segundo en cambio es un sistema que aparece inserto sobre todo en Estados cuyas constituciones adoptan el principio de la división de poderes. Históricamente se ha dado, inclusive en Estados absolutos (por ejemplo el Reino de Nápoles), pero sus más elaboradas estructuras se encuentran en Estados de derecho, bastando considerar cómo ello haya continuado subsistiendo en

1. Sobre la normación de los Estados prenificados véase Schupfe, *Los precedentes históricos del Derecho Administrativo vigente en Italia*, en Tratado Orlando I, para los lineamientos generales. Específicos sobre los institutos que luego se dirán de justicia administrativa, los capítulos históricos en las obras de A. Salamandra. *La justicia administrativa en los gobiernos liberales*, Turín 1904; F. Mortata, *Comentario del código y de las leyes de procedimiento civil*, Milán 1923; F. Cammeo, *Comentario de las leyes de justicia administrativa*, Milán 1903.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ordenamientos positivos aún después de la jurisdiccionalización de la tutela de los intereses privados contra los poderes públicos y cómo, en países como Inglaterra y los Estados Unidos, constituye hasta hace poco un instrumento muy importante para la tutela de los privados frente a los poderes públicos.[2]

Existe más bien una precisa justificación teórica del sistema del contencioso, en aquello que ha sido llamado la autotutela ("autodicke"); de acuerdo con una de las interpretaciones del principio de la división de los poderes, el poder gubernativo-administrativo estaría facultado para juzgar por sí mismo sobre sus propias controversias, en cuanto a las mismas conlleven valoraciones de intereses públicos. Por lo tanto si el mismo instituye en su propia organización órganos ad hoc, relativamente o los más independientes posibles, absuelve de manera adecuada esa incumbencia propia. En efecto los órganos del contencioso administrativo llegaron a ser llamados "tribunales" y aún hoy las "comisiones" del ordenamiento estadounidense son "autónomas" y casi "jurisdiccionales".

3. En el momento de la constitución de Italia en Reino, los gobiernos provisionales suspendieron doquier los institutos de justicia retenida, y adoptaron, con adaptaciones, aquellos de los tribunales del contencioso administrativo. A Lombardía, a Emilia y a las Marcas se extendió la legislación sardo piamontés, y a Umbria y Romagna, la toscana; en el Mediodía permaneció la legislación precedente. La legislación toscana ganaba el "premio".[3]

Se abrió inmediatamente el debate para la unificación legislativa, y fue un debate, vivo, en algunos también profundo, en los cuales el punto de convergencia fue aquel que podría ser llamado el vuelco de la interpretación del principio de división de los poderes: la autotutela era una burla, ya que la falta de independencia efectiva del órgano juzgador y la falta de garantías procesales para las partes privadas, la vaciaba de contenido. Es necesario entender, en cambio, el principio de división de los poderes en el sentido de que no podía ser sustraído al Poder Judicial aquello que le pertenecía, o sea el conocimiento de las controversias entre poderes públicos y privados, teniendo por objeto actos y relaciones de Derecho Público. Por otra parte, teniendo cada poder ámbito exclusivo de potestades propias, se necesitaba dar contenido a los poderes del juez, en relación con los otros poderes, y viceversa.

Si sobre esta interpretación constitucional había convergencia, las alternativas eran dos: constituir un juez especial o atribuir las controversias al juez ordinario; la primera y segunda alternativas podían sin embargo ser ulteriormente subdivididas: juez especial o juez ordinario con jurisdicción sobre cualquier tipo de controversia, o bien con jurisdicción limitada a las controversias concernientes sólo a algunas situaciones jurídicas subjetivas (especialmente aquellas de Derecho subjetivo), en tal hipótesis se tendría que encontrar otro juzgador para las controversias concernientes a las otras situaciones jurídicas subjetivas. Se hace mención a que el debate no se desarrolló con esta claridad posterior, no existiendo praxis, ni reflexión, sobre las jurisdicciones administrativas.

Históricamente las tesis que efectivamente se enfrentaron se redujeron a dos, en el sentido de que todos estaban de acuerdo en atribuir al juez ordinario las controversias concernientes a los derechos subjetivos; algunos, sin embargo, suprimiendo los tribunales del contencioso y otros manteniéndolos para las controversias que no concernían derechos subjetivos sino únicamente como se decía, los intereses individuales de los sujetos lesionados por actos de los poderes públicos. Si se adoptaba la primera tesis, las controversias concernientes a intereses individuales no podían ser disciplinadas sino por institutos de justicia retenida, esto es por recursos administrativos: pero aunque se quisiese perfeccionar y dar más garantías en los procedimientos de segundo grado, relativos a estos recursos, siempre se habría permanecido en el campo de la justicia retenida, que por otro aspecto todos vituperaban como cosa del Estado absoluto. Fueron los meridionales, en particular los sicilianos Córdoba y Crispi, quienes más claramente advirtie-

2. La situación del Derecho positivo en la mayor parte de los países europeos está expuesta en *El control jurisdiccional de la administración pública*, Turín 1971.

3. La interpretación de la legislación de unificación y variaciones en el tiempo, en razón de las interpretaciones políticas. Es interesante confrontar los autores citados en la nota 1 con los tratadistas sucesivos, como por ejemplo O. Ranelletti, *Las garantías de la justicia en la administración pública*, Milán 1934 y G. Zanobini, *Curso de Derecho Administrativo*, II (La justicia administrativa), Milán 1958, y los más recientes, como C. Mie, *La justicia administrativa*, en **Actos del Congreso del centenario de las leyes administrativas de unificación, la justicia administrativa**, Vicenza 1968 (el volumen que reúne los estudios presentados al Congreso, sobre los diferentes aspectos de la justicia administrativa).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ron que la pura y simple supresión de los tribunales del contencioso administrativo habría creado un vacío de tutela de las situaciones jurídicas subjetivas distintas de los derechos subjetivos.

Los proyectos presentados por el Gobierno eran todos inspirados en la primera tesis (Minghetti, 1861; Peruzzi, 1863; Lanza, 1864); más bien emergió la preocupación de la tutela de la independencia del poder gubernamental y administrativo (ejecutivo, siguiendo el orden conceptual de entonces) contra el Poder Judicial, al punto de que todos los proyectos contenían fuertes limitaciones a los poderes de los jueces, en relación con los de las autoridades administrativas. Esto es, paradójicamente se pensaba en la atribución de la jurisdicción al juez ordinario, pero se le daban poderes menores de aquellos que tenían los tribunales del contencioso administrativo, de los cuales al mismo tiempo se quería la supresión. El evento constituye uno de los ejemplos más interesantes de la incoherencia con la cual donde nosotros, históricamente, realizamos la ideología liberal.

De todos modos, el Parlamento tuvo largas discusiones, pero no hubo modo de concluirlas, porque la ley sobre plenos poderes para la unificación administrativa facultó al Gobierno a emanar, mediante reales decretos, los actos normativos necesarios, tomando los diversos proyectos así como se encontraban en conocimiento de las cámaras del Parlamento. Fue así que el alegato E. del R.D. del 20.3.1865 n. 2248 vino a constituir la ley "sobre la abolición del contencioso administrativo", y colocó al país sobre un camino defectuoso e inadecuado, con consecuencias que todavía hoy día se sufren y quién sabe por cuánto más se sufrirán.

Los intérpretes, en efecto, entienden esta ley fundamental como aquella que ha introducido en Italia el sistema "belga",[4] o, que es lo mismo, que ha perfeccionado el sistema toscano, de la atribución al juez ordinario de la jurisdicción sobre las controversias de Derecho Público, entre poderes públicos y otros sujetos (aquellos convencionalmente llamados "privados", y en realidad también otros entes públicos, como el Estado, un ente nacional, contra un municipio, o viceversa, y así sucesivamente). La realidad fue, y en parte todavía lo es, muy distinta.

Bien considerado luego de la normativa de 1865, se tuvo en Italia un "sistema" que podría ser llamado compuesto. Una parte de las controversias entre poderes públicos y privados, concerniente a cuestiones de Derecho Público, fue efectivamente jurisdiccionalizada, y atribuida al juez ordinario; en aquella concerniente a la tutela de derechos subjetivos; correlativamente fueron suprimidos algunos tribunales del contencioso, como aquellos del consejo de gobierno y el consejo de intendencia. También las controversias de competencia de la Corte de Cuentas, luego la L. 14.8.1862 n. 800, fueron jurisdiccionalizadas. Por otra parte, en cambio, sobrevivieron órganos administrativos contenciosos, como los Consejos de Prefectura, para las cuestiones de responsabilidad contable de los administradores de entes locales, el Consejo de Estado (para las atribuciones contenciosas que tenían en el ordenamiento piamontés), y algunos órganos tributarios, los consejos de alistamiento, etc. Por otra parte en fin permanecieron institutos de justicia retenida, como los recursos administrativos, y, sobre todo, el recurso al Rey; la abolición de los tribunales del contencioso administrativo amplió, es más, el ámbito de esta parte, como habían visto exactamente aquellos que querían que tales tribunales permaneciesen, coexistiendo con los jueces ordinarios para la tutela de los intereses individuales. Los contemporáneos y futuros rechazaron el encaje de estos institutos en la justicia retenida, observando que se estaba ya en el Estado de derecho y que los procedimientos administrativos mediante los cuales se expedía la tutela de los intereses individuales eran procedimientos como todos los otros, o sea no se trataba más de procedimientos de gracia, con procedimientos "graciosos",[5] como por el contrario era en el Estado absoluto. Tesis en verdad, de poco agarre porque es obvio que en un ordenamiento estatal ordenado según principios distintos de aquellos del Estado absoluto también los procedimientos administrativos —y en general las instituciones jurídicas— vinieran todas modificadas. Pero aquello que caracteriza los modos de tutela de las situaciones subjetivas está constituido por las varias intensidades de las garantías procedimentales que se reconocen al privado actor, frente al poder público convenido resistente. Si la jurisdiccionalización de la tutela ofrece la plena garantía

4. Sobre este sistema ver ahora M. Somehansen, en *El control jurisdiccional*, citado en la nota 2.

5. Tómese en cuenta que se utiliza una terminología moderna, pues a la sazón la noción de procedimiento administrativo era desconocida.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

propia de los procesos civiles o penales, los órganos del contencioso administrativo ofrecían y ofrecen garantías menores por la falta de independencia de los juzgadores, mientras los recursos administrativos, o, más exactamente, los procedimientos administrativos contenciosos, en aquel tiempo no ofrecían ninguno, el recurso siendo decidido cuándo y cómo se quería y a veces archivado. Se requerirá esperar a este siglo a fin de que algunas garantías indirectas y menores vengan, por obra laboriosa de la jurisprudencia, reconociendo al recurrente en recurso administrativo. Solo cuando estas garantías serán introducidas, los procedimientos de comentario cesarán de ser adscritos entre los institutos de justicia retenida.[6]

Con esto hemos venido también a decir que cada una de las tres partes que constituían el sistema compuesto siguió sus propios asuntos, que fueron de desarrollo evolutivo para los órganos del contencioso y para la justicia retenida, pero de involución para la jurisdicción ordinaria.

4. Que la normativa del 1865 fuera de ámbito limitado se vio inmediatamente. Establecer qué cosa exactamente acaeció en los doce años que transcurrieron entre 1865 y 1877 (año en el cual la competencia sobre los conflictos pasó a la Corte de Casación de Roma, con la L. 31.3.1877 n. 3761),[7] y luego en los once años sucesivos entre 1877 y 1889 (cuando entró en vigor la Ley 30.12.1888 n. 5865, sobre el Consejo de Estado), sería todavía queriendo decir operación desenvuelta. Que el confín entre derechos e intereses (individuales) no fuera claro, se sabía ya de las discusiones sobre los proyectos Minghetti e Peruzzi; es un hecho que a las primeras acciones propuestas por ciudadanos en materia de "derechos" de libertad, los jueces respondieron o que no se trataba de derechos subjetivos, o que de frente a la potestad que las normas de seguridad pública atribuían a la autoridad administrativa ellos no podían ser tutelados. Más titubeantes las respuestas en materia de "limitaciones" a los derechos de propiedad privada, y de procedimientos en materia sanitaria y de construcción. Por demás en los primeros doce años entró en escena el Consejo de Estado, en dos modos: con las decisiones sobre aquello que llamaban el conflicto de atribuciones, que hasta el año 1877 le correspondía; y con las opiniones sobre los recursos al Rey. En los conflictos de atribuciones estaban entonces comprendidas también las cuestiones atinentes a la jurisdicción, en modo directo o indirecto; el Consejo de Estado no dudó en retener materias atinentes a intereses individuales, casi todas las materias de la faja gris que le habían sido sometidas, negando así la tutela jurisdiccional. En los pronunciamientos sobre recurso ante el Rey buscó de contrabalancear cuanto hacía robando provincias a los jueces, esforzándose por ponerse en posiciones de garante de los intereses individuales de los privados.[8] Después de 1877, pasada la materia de resolución de conflictos a la Corte de Casación de Roma, no hubo sustanciales mejoras en el sentido de clarificación; la Corte romana en efecto acogió casi integralmente las tesis de la "Procuraduría del Estado, que se basaban sobre todo en la proposición que frente a las potestades discrecionales de la administración no hay derechos subjetivos; por lo tanto más atrasadas de aquellas de los jueces ingleses, los cuales al menos reconocían que el Derecho subjetivo existía, solamente que agregando que no podría existir control sobre el poder discrecional de la autoridad. En verdad otras Cortes de casación del Reino tuvieron juicios jurisprudenciales más abiertos; pero el resultado global fue que la jurisprudencia del juez ordinario se enmarañó en mezclas ambiguas, de las cuales no salió jamás. Hoy todavía se discute sobre esas ambigüedades que la misma creó, las que acarrean frente al país una grave responsabilidad histórica.

La marginación del juez ordinario, fruto del concurso del Consejo de Estado, de la Procuraduría General de la República y de los mismos jueces, hizo así que la mayoría absoluta de las controversias entre privados y poderes públicos venía a caer en la zona de la justicia retenida. Se ha dicho que los procedimientos administrativos contenciosos no contemplaban, entonces, ninguna garantía para el recurrente; también para el recurso ante el Rey, era el ministro quien decidía si mandarlos adelante; los aparatos administrativos eran decadentes y corruptos; la base política una de las más

6. Para la historia de la disciplina de los recursos administrativos, ver V. Bachelet, *Los recursos administrativos* en el volumen citado en la nota citada.

7. Respecto de esta ley mantiene su importancia la obra del G. Mantellini, *Los conflictos de atribución en Italia después de la ley de 1877*, Florencia 1878.

8. Ver sin embargo la I parte de la voz, *Jurisdicción administrativa* (M.S. Giannini); A. Piras (Enciclopedia del Derecho).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ineptas de la historia de Italia. La zona de la justicia retenida era entonces dominada por el arbitrio. Fue en tal perspectiva que en 1883, Crispi volvió a la idea de dieciocho años antes, de reconstruir tribunales del contencioso administrativo, presentando a la Cámara un proyecto suyo en tal sentido.

Luego de otros proyectos, y luego de una encendida acción de convencimiento de la opinión pública, conducida principalmente por Silvio Spaventa,[9] pasados otros cinco años, se llegó a la Ley 1888 n. 5865, que luego se unió en el más conocido Texto Único 10.2.1889, n. 5921: se instituía la Sección IV del Consejo de Estado, como juez de las controversias relativas a los "intereses individuales". El año siguiente la L. 1.5.1890, n. 6837 atribuía a las Juntas provinciales administrativas el conocimiento de algunas controversias entre los particulares y algunos entes locales, como los municipios, provincias, obras pías; la Junta decidía cuál órgano de primera instancia, con apelación para ante la IV Sección del Consejo de Estado.

Si estos órganos tuvieran naturaleza jurisdiccional o naturaleza administrativa, en cuyo caso deberían considerarse órganos del contencioso administrativo, fue cuestión que de inmediato dio lugar a discusión. Todavía, en aquella época, la teoría formal sustancial de la organización del Estado no se había difundido, como luego sucedió por obra de Orlando y sus alumnos; de otro lado los nuevos órganos se presentaban como anormales respecto al modelo del órgano jurisdiccional no solamente por no pertenecer al Poder Judicial, sino también porque no juzgaba sobre derechos, sino que sobre intereses individuales; a quien hacía alusión al juez penal que tampoco juzgaba sobre derechos, como modelo se le contestaba que estos órganos actuaban por petición de parte porque no era posible hacer alguna analogía. La teoría de Maggiori (Orlando, A. Codacci-Pisanelli) era en el sentido de que tratase de órganos administrativos contenciosos.

La doctrina sucesiva cambió el problema de base: mientras no encontró obstáculos para que se reconociese un juez de intereses y no de derechos, discutió sobre la posición del órgano y acerca del carácter subjetivo u objetivo, de la jurisdicción. Esto es después de haber pasado por complejas construcciones como aquellas de quien para salvar el principio de que el juez en juicios a gestión de parte no podría ser más que juez de Derecho, inventó el derecho a la legitimidad de los actos administrativos, o bien sostuvo la tesis de que los intereses individuales fueran en verdad derechos.[10] Visto el asunto sin prejuicio alguno cabe afirmar que la IV Sección del Consejo de Estado y las Juntas provinciales administrativas eran órganos contenciosos administrativos.

La IV Sección del Consejo de Estado se convirtió en órgano jurisdiccional con la reforma Giolitti, L. 7.3.1907, n. 62 (luego en texto único 1907, 638), que se ocupó también de las Juntas provinciales administrativas. Esta vez fue el legislador quien calificó los dos órganos como jurisdiccionales, y calificó como "cosa juzgada" las resoluciones de esos órganos. El procedimiento se convirtió en netamente judicial con dos reglamentos delegados y de procedimientos para cada uno de los dos órganos (Reg. 17.8.1907, n. 648 y n. 643). Al Consejo de Estado se le agregó una V Sección para la jurisdicción de "mérito" y una reunión plenaria de las Secciones jurisdiccionales para los asuntos sobre los cuales no existiese en derecho, concordancia jurisprudencial entre las Secciones o que se presentaran como potenciales fuentes de desacuerdo.

Atribuyendo carácter jurisdiccional al Consejo de Estado, en sus indicados órganos, el legislador se atuvo, una vez más al modelo francés, pero era profundamente diferente el ámbito de la función jurisdiccional atribuida a los dos Consejos de Estado, ya que el italiano sólo conocía de controversias originadas en actos administrativos que incidieran sobre intereses "legítimos" según la novedosa noción que se estaba elaborando, lo que, como veremos, generó una lógica procesal particular, que el propio Consejo de Estado fue poco a poco elaborando en sus pronunciamientos.

Las Juntas provinciales administrativas fueron gratificadas con la condición de órgano jurisdiccional, pero en realidad quedaron tal cual eran en 1890, esto es, tribunales de lo contencioso administrativo en tanto que el Consejo de Estado estaba integrado por magistrados inamovibles, por su consiguiente relativamente independientes, las Juntas las integraban funcionarios de órganos locales del Estado y por miembros elegidos por los consejos provinciales, constituyendo los primeros mayoría, y los segundos escogidos con crite-

9. Los escritos y los discursos de S. Spaventa fueron reunidos en 1949, *La justicia en la administración*, Turín.

10. Se trata de las dos conocidas tesis de Mortara, *Comentario*, citado, idef Cammeo *Comentario.*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

rios políticos. Por ello no fueron nunca independientes aún si, en general, no emanó de ellas una mala jurisprudencia.

La Ley de 1907, como la de 1865 y 1889, nuevamente dio a la vida una criatura con malformaciones. ¿Quid en efecto, para los asuntos que comprendiesen conjuntamente legitimidad y oportunidad (o sea mérito) del acto administrativo? ¿Quid si en el juicio administrativo se presentase, por vía prejudicial, incidental, o como consecuencia una cuestión que conllevase el conocimiento no de intereses legítimos sino de derechos subjetivos? Los supuestos indicados en las dos preguntas no eran, y no son, ni raros ni marginales, el segundo de ellos, en particular, se presentaba continuamente en las controversias de empleo público. Desafortunadamente el Consejo de Estado no supo, al menos entonces, adoptar una posición sólida y más bien respecto de las materias de la primera pregunta se enredó en formalismos, como lo fue el de la nulidad del recurso presentado ante una Sección incompetente. Ello obligó a que, pasados apenas dos años de las primeras decisiones, fuera presentada a estudio una reforma de la jurisdicción administrativa del Consejo de Estado.

Se llegó, con la Ley delegada 30.12.1923, n. 2840, que resolvió legislativamente las cuestiones pendientes, aboliendo las distinciones de competencias entre las dos Secciones del Consejo de Estado, estableciendo que el mismo podía conocer de derechos subjetivos en vía prejudicial (con las limitaciones relativas al estado de las personas y a la determinación del falso) y en vía incidental, pero no en el campo de la vía de las consecuencias. Se eliminaron así los entrabamientos derivados de las normas precedentes y con la idea de justificar el conocimiento de algunas controversias, en especial las referentes a la relación de empleo público, se introdujo la que se denominó "jurisdicción exclusiva": el legislador se limitó a determinarla como aquella en la que el Consejo de Estado (y también la Junta provincial) fuesen conjuntamente jueces de cuestiones correspondientes a derechos y a intereses legítimos. El legislador no se dio cuenta de la trascendencia de su innovación, ni tampoco se dieron cuenta de ello los jueces, sino después de haber transcurrido diez largos años de jurisprudencia.

Reunidas las normativas concernientes al Consejo de Estado y a las Juntas administrativas en los dos textos únicos 26.6.1924, n. 1054 y n. 1058, se inició la gran estación de la jurisprudencia del Consejo de Estado. Con excepción de modificaciones relacionadas con aspectos orgánicos, de 1923 a 1948 con la Constitución republicana, el "sistema" ya está estabilizado en lo que concierne a las jurisdicciones del juez ordinario, de los jueces administrativos (Consejo de Estado y Juntas provinciales), y de los jueces contables (Corte de Cuentas y Consejos de Prefectura). Se estabiliza, en estos años, también lo concerniente a la justicia retenida debida a que el Consejo de Estado elabora una jurisprudencia propia sobre recursos administrativos, y en parte también (extraordinarios) ante el Rey, con lo que aumenta notablemente el conjunto de las garantías procedimentales del recurrente y con la que impone el respeto del principio de contradicción (debido proceso) respecto de todos los procedimientos administrativos contenciosos.

5. Una novedad perturbadora se constituyó por el irrumpir de una cantidad increíble de jurisdicciones especiales. La introducción de jurisdicciones especiales comenzó a tener importancia en el primer decenio del siglo, con las comisiones y colegios arbitrales en el campo de los seguros sociales, y respecto de expropiaciones reguladas por leyes especiales (Nápoles, Calabria, reconstrucciones como consecuencias de desastres sísmicos). Durante la primera guerra mundial el proceso se aceleró pero las jurisdicciones instituidas para las controversias vinculadas con leyes de guerra, cesaron cuando cesaron la vigencia de estas leyes. Importante, sin embargo, el D.L. 20.11.1916, n. 1654, que creó los tribunales para las aguas.

Terminada la guerra, se dio un cierto éxtasis; luego el proceso volvió a comenzar con tal fuerza a tal punto que en 1929 una investigación ordenada por el Ministerio de Gracia y Justicia y conducida por Caliendo constató la existencia de casi dos mil jueces especiales.[11] En el campo de la protección social (asistencia, previsión, trabajadores de sectores particulares, emigraciones, etc.), en el de los contratos de las administraciones públicas, de las diversas obras públicas, del urbanismo, se llegó a formas que no dudaríamos en llamar parásitas. No raramente el legislador instituía juntas, colegios, comisiones, con atribuciones judiciales, pero sin definir su naturaleza: de ahí que florecieron muchas controversias ante los jueces ordinarios o ad-

11. Caliendo, *Disposiciones en materia de jurisdicciones especiales*, Roma 1929.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ministrativos, que tenían por objeto únicamente el problema de determinar la naturaleza del órgano.

La Corte de Casación se manifestó, en un primer momento, reacia a la ampliación del conjunto de las jurisdicciones especiales y salvo aquellas hipótesis en las cuales el propio legislador definía expresamente como jurisdiccionales los órganos judiciales, adoptaba el criterio de la (relativa) independencia de los componentes del órgano como índice de aquella naturaleza jurisdiccional. Después amplió las aplicaciones del criterio sin renegar nunca de ello. La doctrina, ya bajo la influencia de Chiovenda asumió comportamientos críticos respecto de esta jurisprudencia, la cual examinada con espíritu de hoy, cabe afirmar que la Casación, al adoptar una dirección más amplia redujo bajo los frenos al menos de la observancia de los principios procedimentales bajo el propio control como juez de la jurisdicción algunos órganos judiciales, algunos realmente incómodos.

La lección que surgía de las instancias que solicitaban la creación de nuevas jurisdicciones especiales fue en todo momento unívoca, manifiesta y concordante. Se deseaban jueces especiales por dos razones: a) para tener un juez especializado que resolviese con rapidez; la especialización venía asegurada por el hecho de que cuando el juez era colegial, el órgano estaba integrado por expertos en la materia e inclusive hasta por miembros que representaban intereses, por haber sido designados por entes o por asociaciones, dándose también a menudo miembros procedentes de las magistraturas. La celeridad estaba asegurada por el hecho de que el proceso carecía de toda formalidad, el flujo de trabajo no era elevado y se daba un único grado de jurisdicción; b) para tener, en las materias regidas por el derecho administrativo un juez ante el que no se pudiera colocar la interrogación derechos-intereses, sea un juez que decidiese en jurisdicción exclusiva. Este segundo aspecto era dominante y viene consignado de manera muy clara en las explicaciones de los proyectos de ley, en los discursos oficiales, en fin en declaraciones de quien no era parte. A menudo se encuentra también en las motivaciones de las solicitudes de ciertos entes públicos cointeresados dirigidas a urgir determinado acto legislativo. Parece que la figura de la distinción derechos-intereses como mecanismo clave en la repartición de las jurisdicciones casi produjo un sentimiento de horror.

En contra de las jurisdicciones especiales, la reacción de la doctrina fue unánime y rápida: se trata de rompimientos del principio de la unidad de la jurisdicción dijeron algunos; constituyen perturbaciones de la certeza del derecho dijeron prácticamente todos. En efecto era este último aspecto el más grave, ya que en la práctica tan enorme número de jurisdicciones especiales requería abogados y jueces omniscientes respecto de todas las ramas del ordenamiento positivo. Efectivamente, los comentaristas dieron cuenta de algunos casos en los que la existencia de determinada jurisdicción especial era desconocida para la propia Corte de Casación; y frecuentemente se dieron casos de patronos que ignorantes y habiendo promovido juicios ante jueces "naturales", se veían oponer la excepción de falta de jurisdicción de ese juez, sin poder recuperar ya al juez competente. Fue sobre las alas de consideraciones, como esas, por una parte abstractas y por otra diríamos que casi pedestres,que el movimiento contra las jurisdicciones especiales tomó fuerza. El Código de Procedimientos Civiles de 1940 eliminó de un solo golpe todas las jurisdicciones especiales en materia de protección social, atribuyendo las respectivas controversias al juez ordinario, magistratura del trabajo. Sobre la base de ese mismo código la Corte de Casación comenzó a reducir a colegios arbitrales de Derecho común si bien con algunas particularidades estructurales y procedimentales, muchos colegios arbitrales hasta entonces considerados especiales.

Un segundo golpe, y más decisivo, se dio con la Constitución republicana de 1948.

6. Es bien conocido que la asamblea constituyente discutió con empeño todo lo concerniente a la jurisdicción, debido a la influencia de personalidades como aquellas de la Calamandrei y de Perassi, que al delinear la magistratura como un orden autónomo e independiente regido por un propio consejo superior, adoptó soluciones que constituyen una de las pocas cosas originales de la constitución italiana. No pudo consecuentemente desentenderse de la llamada "justicia administrativa", pero respecto de ésta fue menos coherente y más bien tuvo falta de prudencia, tal vez de coraje.[12]

12. En relación con la justicia administrativa en la Constitución republicana, v. E. Cannada Bartoli, *La tutela jurisdiccional del ciudadano frente a la administración pública*, Milán 2, 1964; v. Bachelet, *La justicia administrativa en la Constitución Italiana*, Milán 1966.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

La carta constitucional coloca como principio la unidad de la jurisdicción y, con una norma de aplicación, prohíbe la creación de jurisdicciones especiales (art. 102; la disp. VI transitoria establecía que las jurisdicciones especiales existentes debían ser reformadas dentro de 1953). Se toma nota del problema de los jueces especializados y los resuelve estableciendo que pueden ser instituidas secciones especializadas por materias de la jurisdicción ordinaria: esta es la única enseñanza obtenida de la experiencia de la lluvia de jurisdicciones especiales que existieron y que existen.

De todas las jurisdicciones especiales preexistentes conserva solo tres: la jurisdicción administrativa, la contable y aquella militar (art. 103). Dejando de lado la última, que ésta "a se", para las otras dos la carta constitucional en verdad que introduce una excepción a la unidad de la jurisdicción, cuya razón no aparece suficientemente justificada en los trabajos de la asamblea constituyente. Lo que se dijo, sea que era necesario enunciar de manera expresa que se pretendía mantener la función jurisdiccional del Consejo de Estado y de la Corte de Cuentas, se dijo porque de otra manera habrían sido arrastradas por el principio de unidad de jurisdicción, lo que es exacto pero no explicativo. Ciertamente, si no se hubiese redactado el artículo 103, tanto la jurisdicción administrativa como aquella contable habrían debido ser "revisadas" conforme a la citada disp. VI transitoria, pero lo que nunca quedó claro fue el motivo por el cual la asamblea constituyente prefirió orientarse hacia el mantenimiento de las dos jurisdicciones, derogando, precisamente, el principio de la unidad de la jurisdicción.

No es esta la sede para profundizar ese problema de historiografía jurídica. Basta tener conciencia de que la norma constitucional conserva la jurisdicción del Consejo de Estado y de la Corte de Cuentas, inclusive las cubre de garantías constitucionales por el sólo hecho de mantenerlas. La jurisdicción del Consejo de Estado fue conservada para la "tutela, frente a la administración pública, de los intereses legítimos" y continúa diciendo la norma (art. 103, 1), y en particulares materias indicadas por la ley, también de los derechos subjetivos. La de la Corte de Cuentas "en las materias de contabilidad pública y en las otras especificadas por ley". Ambos enunciados constitucionales son, con solo meditar rápidamente sobre ellos, particularmente infelices.

El primero, por el enunciado relativo a la tutela de los intereses legítimos, puede en realidad ser entendido en el sentido de que *solamente* el Consejo de Estado tiene jurisdicción respecto de la tutela de los intereses legítimos y que *también* el Consejo de Estado posee tal jurisdicción, en el sentido de que esa jurisdicción podría ser reconocida a diversos órganos jurisdiccionales, siempre que se le mantenga al Consejo de Estado. De la misma manera el enunciado relativo a las materias particulares en las que puede ser órgano para la tutela de derechos subjetivos, bien puede ser entendido que únicamente para materias determinadas le puede ser otorgada tal atribución, que le puede ser conferida en forma exclusiva y también no exclusiva, y hasta que podría serle conferida para nada. El único elemento hermenéutico, seguro, deducible de la norma constitucional tiene contenido negativo: no podría darse en Italia la constitución de un tribunal supremo administrativo, dentro del Poder Judicial, conforme al modelo alemán, porque la labor de ese tribunal está confiada al Consejo de Estado; ello se deduce claramente de la parte del enunciado que dice "y los otros órganos de justicia administrativa" que se lee en la norma y de la que más adelante nos ocuparemos.

El segundo, referente a la "jurisdicción en las materias de contabilidad pública" de la Corte de Cuentas, es igualmente equívoco. Debe entenderse en el sentido de que la Corte de Cuentas es jueza en las materias de contabilidad pública que no correspondan a juez natural, que es el juez ordinario (¿y ésta era originariamente la respuesta de la Corte de Casación?) más bien en el sentido de que en tales materias el único juez es la Corte de Cuentas (¿ésta fue la respuesta que se dio en segundo momento?) la Corte de Cuentas por sí sola o también otros jueces "contables" (¿cómo sucedió hasta que la Corte Constitucional no cortó la cabeza a los Consejos de Prefectura en sede jurisdiccional?).

Estas dificultades de interpretación hicieron prevalecer una tendencia que podría llamarse simplista, o sea que la Asamblea Constituyente hubiera querido "fotografiar" la realidad jurídica entonces (en 1947) existente, y que consecuentemente todo hubiese quedado como antes. La realidad es que en esa forma el "todo" quedaba constitucionalizado e, independientemente de lo que se tuviese en mente querer en la Asamblea Constituyente, quedaban para la interpretación muchos problemas muy arduos.

Para completar el cuadro de las normas de la Carta constitucional, existen otras cinco disposiciones. La primera es la previsión de "otros órganos de justicia administrativa", que está siempre en el inciso primero del artículo 103, como órganos con

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

las mismas atribuciones del Consejo de Estado; la segunda está constituida por la determinación de la independencia de los jueces de las jurisdicciones especiales, la que debe ser asegurada por la ley, que se encuentra en el segundo inciso del artículo 108; y la tercera, cuarta y quinta son normas de derecho procesal atingentes a todos los jueces que conozcan de controversias entre las administraciones públicas y las privadas (por ello no correspondientes sólo al Consejo de Estado, según la tesis prevaleciente) y que están en el artículo 113.

Las dos primeras normas tuvieron los desarrollos a que nos referiremos de seguido. Las últimas tres han sido consideradas, por la jurisprudencia, como de inmediata aplicación. Ellas son: la norma por la cual en relación con todo "acto" de la administración pública viene otorgada tutela jurisdiccional de los derechos y de los intereses frente a los jueces competentes (jurisdicción ordinaria y jurisdicción administrativa, precisa expresamente la norma, confirmando así la separación existente entre las dos jurisdicciones). Esta norma (artículo 1113, 1) viene seguida por una segunda (el inciso dos del mismo artículo) en la cual se precisa que no se admiten exclusiones ni limitaciones a la tutela jurisdiccional, por medio de impugnación o por categorías de actos. Esa norma de refuerzo, rigurosamente hablando sería superflua, porque ya estaba contenida en la primera, pero no fue inútil porque la jurisprudencia le confirió, como norma de aplicación inmediata, una clara fuerza derogatoria de normas existentes en el ordenamiento precedente, que establecían la inimpugnabilidad de determinados actos ante ningún juez (ej. los actos políticos), o bien excluían algunos medios de tutela jurisdiccional o bien limitaban la impugnación admitiendo únicamente el desplegar sólo algunos medios de recurso (ej. actos contra los cuales se admitía recurso jurisdiccional sólo por violación de ley o únicamente por incompetencia y violación de ley y similares). En esta forma, la jurisprudencia, todavía antes de que fuera creada la Corte Constitucional, resolvió de manera empírica la cuestión "abrogación-declaratoria de ilegitimidad constitucional" que luego vendría a dar campo a no fáciles controversias. Todavía hoy la jurisprudencia mantiene la tesis de que el segundo inciso del artículo 113 abrogó cualquier norma precedente que limitase la tutela jurisdiccional respecto de actos de las administraciones públicas, sosteniendo que por esa abrogación no es necesaria la intervención de la Corte Constitucional para expulsarla de la normativa vigente.

La tercera norma establece la regla en la cual la ley puede atribuir a determinados jueces el poder de anulación de los actos de la administración pública, con determinación de los casos y los efectos. Concretamente, el poder de anulación jurisdiccional existía ya respecto del Consejo de Estado, las Juntas provinciales administrativas, la Corte de Cuentas y las demás jurisdicciones especiales. No otra cosa ha hecho esa norma que codificar una realidad positiva existente, no obstante ello tiene un propio valor constitucional. Da la apariencia de atraer la concepción del ochocientos, liberal, del principio de división de poderes, como ámbito de potestades exclusivas, admitiendo que en derogación el juez puede anular actos del poder administrador; entendida así, esa norma sería efectivamente inútil, por cuanto hoy día a ese principio de división de los poderes se asigna un mero valor funcional, de allí que se admite sin duda alguna que órganos de un poder puedan, con sus actos, producir efectos jurídicos que incidan en situaciones subjetivas del otro poder. La norma vale también a la recíproca en el sentido de que somete a la ley la escogencia de los jueces que tienen el poder de anular los actos administrativos y por lo tanto no constitucionaliza la regla de la ley de 1865 según la cual el juez ordinario no podría anular actos administrativos; hoy cabría la posibilidad de que tal regla fuese considerada abrogada o fuese derogada.

En fin es conveniente desde ahora recordar que otra norma que disciplina la materia de justicia se encuentra en el artículo 125,2 Constitución, ubicada en el título V de la Parte Segunda, título éste que trata de las regiones esto es, un lugar topográficamente del todo diverso: es una norma que contempla órganos regionales de justicia administrativa de los que, dentro de poco, hablaremos.

En síntesis, la normación constitucional en el campo de la tutela del privado frente a las administraciones públicas no contiene disposiciones ni revolucionarias ni particularmente innovadoras: habiendo conservado al Consejo de Estado y la Corte de Cuentas sus atribuciones jurisdiccionales, las grandes líneas del contexto preexistente se mantienen. En cambio, logró una gran limpieza con la prohibición de las jurisdicciones especiales y con la supresión de las existentes; puso en fin un conjunto de normas que potencialmente permiten desarrollos en sentido positivo, sea que permitirían la conformación del contexto precedente como un verdadero y propio sistema. Pasemos a ver la forma en que las diferentes disposiciones constitucionales han sido aplicadas, desaplicadas o no utilizadas aún, y cómo la llegada del sistema no se ha producido.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

7. El periodo que corrió entre 1948 y 1971 esto es, desde la entrada en vigor de la Constitución y la creación de los tribunales administrativos regionales constituye el periodo más largo de vacío legislativo respecto de los institutos de justicia administrativa. Únicamente se dan: los decretos legislativos 6.5.1948, n. 645 y n. 655 que instituyen el Consejo de Justicia Administrativa para la Región siciliana y las Secciones de la Corte de Cuentas para la Región siciliana;[13] el Decreto 5.5.1948, n. 642 ratificado por Ley 19.3.1952, n. 161, que creó la VI Sección del Consejo de Estado y la Ley 20.12.1961, n. 1345 que instituyó otras Secciones jurisdiccionales de la Corte de Cuentas.

Una normación organizativa que no toca el contexto.

Los desarrollos de los principios constitucionales son obra de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que ha tenido el papel no sólo de interpretar la normativa constitucional sino también, en forma indirecta, de estimular al legislador inerte. Falta aún una valoración general de la obra de la Corte.

Comencemos con ver las materias de las jurisdicciones especiales a la cual se vincula obviamente la que corresponde a la independencia de los jueces de las jurisdicciones especiales.

La Corte Constitucional comenzó con fijar el criterio de que el plazo previsto por la disposición transitoria VI para la revisión de las jurisdicciones especiales no era un plazo perentorio sino un mandato por lo que las mismas no venían suprimidas *ope legis* al concluir el quinquenio previsto por esa disposición transitoria (Sentencia 11.3.1957, n. 41).[14]

Las mismas podrían sobrevivir ante la prohibición del artículo 102 constitucional a condición de que tuvieran las características de la jurisdicción establecidas por la Constitución, particularmente que fuese segura la independencia del juez (artículo 108,2) y que el proceso presentase los requisitos mínimos de garantía de defensa (artículo 24). No dándose esos caracteres, la Corte declaraba la ilegitimidad constitucional de las normas que respaldasen tales pretendidos órganos jurisdiccionales, con dos consecuencias alternativas: que el órgano continuase a subsistir, pero como órgano administrativo, sea como órgano de contencioso administrativo, por lo que ante el mismo se podrían presentar recursos administrativos y no recursos jurisdiccionales, se iniciase un procedimiento y no un proceso, y que las decisiones fuesen decisiones administrativas y no sentencias. La otra alternativa eventual era que el órgano no pudiese continuar en el desarrollo de sus funciones jurisdiccionales, por la falta objetiva de la calidad de juez. La primera alternativa veía, en consecuencia, aplicado el principio de conservación pero acompañado de una descalificación de la función; en tanto que la segunda era, concretamente, una supresión del órgano como titular de la función pretendidamente jurisdiccional (con posibilidades, en todo caso, de que el órgano continuase desarrollando funciones no jurisdiccionales).

Con la primera alternativa vinieron reducidos a órganos del contencioso administrativo las especies del ministro juez (13.7.1963, n. 163), del intendente de finanzas (4.7.1963, n. 116, luego en sentido diverso 6.6.1965, n. 58, de último 3.4.1960, n. 60), de los Consejos comunales y provinciales como órganos del contencioso electoral (27.12.1965, n. 93), las Comisiones para los tributos locales (6.2.1969, n. 6), las comisiones tributarias para los tributos estatales (10.2.1969, n. 10), y otros más.

Con la segunda alternativa cayeron los Consejos de Prefectura en sede jurisdiccional (3.6.1966, n. 55), la Junta jurisdiccional administrativa para el Valle de Aosta (20.4.1968, n. 33), las Juntas provinciales administrativas, como tales, como secciones para los tributos locales y como secciones contencioso electorales (22.3.1967, n. 30; 27.5.1968, n. 49). Estas fueron las sentencias más cargadas de consecuencias prácticas porque al declarar la ilegitimidad constitucional de las normas concernientes a la integración de tales órganos, por violación del principio de independencia de los jueces de las jurisdicciones especiales, crearon vacíos en el contexto de la organización de las jurisdicciones; vacíos que, ante la inercia del legislador a proveer, fueron llenados, en línea de derecho, de manera muy simple: con la expansión en los espacios vacíos de las atribuciones jurisdiccionales del juez ordinario (contencioso electoral, del Consejo de Estado y de la Corte de Cuentas; estos, respectivamente, para las materias administrativa y contable. En línea de hecho, por el contrario, la situación fue particularmente grave, porque fue necesario el trans-

13. También fue instituida la Junta provincial administrativa para el Valle de Aosta, cuando en esta región autónoma se suprimieron el Prefecto y los órganos de la Prefectura 15.11.1945.

14. A.M. Sandulli, *Sobre la sobrevivencia de las jurisdicciones especiales en el plazo fijado para su revisión,* G. Const. 1956, 965.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

currir de un largo tiempo técnico para que los diversos jueces afirmaran su propia jurisdicción y ello fuese confirmado por la Corte de Casación, Secciones unidas civiles, actuando como juez de la jurisdicción; de manera que aquellos que habían acudido a solicitar la tutela de los jueces suprimidos tuvieron que esperar muchos años para que los giros jurídicos le resolviesen apenas el problema de jurisdicción; de otra parte los jueces que se declararon o que resultaron competentes se vieron tan recargados de trabajo, que los tiempos técnicos para la resolución de los litigios se alargaron y respecto de los jueces que actuaban de oficio —como los contables— a menudo no se pudo hacer nada, ya que habrían sido necesarios cuadros de ministerios públicos (funcionarios) de dimensión completamente fuera de toda medida.

En consecuencia, se puede concluir que la Corte Constitucional, aún después de haber declarado en principio que corresponde al legislador "revisar" las jurisdicciones especiales y que el plazo dado por la norma constitucional para la revisión no es perentorio, en la realidad hizo caer, una por una, las jurisdicciones especiales sobre las que debía juzgar. Lo hizo de principio por normas que no admitieran impugnaciones de actos de la autoridad (27.1.59, n. 1), particularmente de normas que limitasen las impugnaciones (27.6.1958, n. 48), en materia de controversias de aduana.

8. Tomando en conjunto las normas del artículo 113 y aquellas del artículo 24, sobre la tutela jurisdiccional, la Corte, después de pronunciamientos iniciales titubeantes luego produjo la caída de las normas que significaran limitaciones sustanciales a la efectiva facultad de defensa de las situaciones subjetivas. Por ende, en todos aquellos casos en que conoció de recursos administrativos regulados por normas poco respetuosas de los derechos de defensa, conservó los recursos pero declaró la inconstitucionalidad de tales reglas. El caso de más resonancia fue aquel del recurso extraordinario al Jefe del Estado, en el cual admitió la impugnación de la decisión por parte de un tercero (1.2.1964, n. 1), si bien mantuvo como legítima su alternabilidad con el recurso jurisdiccional (2.7.1966, n. 78).

Respecto de las jurisdicciones condicionadas a la formulación previa de recursos administrativos, la jurisprudencia de la Corte se ha pronunciado en el sentido de que tal esquema en sí mismo no es constitucionalmente ilegítimo, siempre que esa formulación previa de las medidas administrativas no se constituya en un serio problema para la tutela de las situaciones subjetivas (así después de 16.6.64, n. 47, una serie de sentencias entre las cuales 13.7.1970, n. 130; 8.7.1971, n. 170).

A la par de éstas, están las sentencias que declararon la ilegitimidad constitucional de algunos de los más vistosos privilegios procesales de las administraciones públicas: la garantía administrativa (18.2.1965, n. 4), el previo registro de los tributos para las controversias tributarias (11.7.1969, n. 125), la regla del "solve et repete" en las mismas controversias (31.3.1961, n. 21, seguida por muchas otras) la imposibilidad de sanear las erróneas notificaciones judiciales a las administraciones públicas (8.7.1967, n. 27), y otras menores.

De este modo la Corte Constitucional ha producido un amplio y decisivo corte de todo aquel marasmo de normas inciviles, que los legisladores de un siglo, liberales solo de palabra, habían acumulado en inútil defensa de la administración, sobre todo simplificando el ordenamiento positivo.

No con igual decisión se produjo lo que concierne el segundo campo, respecto del cual la Corte adoptó la interpretación conforme a la cual la Constitución no habría renovado, para nada, el diseño preexistente. En efecto, si exceptuamos las sentencias con las que se generalizó la jurisdicción contable de la Corte de Cuentas a todos los entes públicos de tipo administrativo (26.6.1970, n. 110; 5.4.1971, n. 68; 30.12.1972, n. 211), y las indicadas arriba con las que algunos recursos administrativos fueron adecuados a la normación constitucional; en cuanto al resto se convalidó lo pasado.

Así, se reconoció que los poderes del juez ordinario, respecto de las administraciones públicas bien pueden ser limitados (6.7.1971, n. 161), como si el principio de división de los poderes en 1948, significase, todavía, lo que significó en 1865. No encontró la Corte dificultad para admitir que la designación gubernamental de los magistrados de la Corte de Cuentas no contrasta con el principio de independencia de los jueces especiales; lo admitió también respecto del Consejo de Estado, después de una desafortunada serie (diecisiete en total) de nombramientos gubernamentales (19.12.1973, n. 177). En la sentencia 27.5.1968, n. 49, la Corte, al ocuparse de las Secciones del contencioso electoral a la sazón instituidas como una anticipación de los tribunales administrativos regionales, estableció las líneas generales del asunto, sosteniendo que el Consejo de Estado y la Corte de Cuentas deben ser siempre considerados jurisdicciones especiales, condición que tenían antes de la Constitución y no se trataría en cambio de algún otro tipo de jurisdicciones especiales, como

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

se sostuvo por algunos con la intención de acercar el sistema italiano al modelo alemán.[15]

De otra parte también en estos pronunciamientos, que podríamos considerar confirmatorios del contexto positivo vigente (del "sistema" como dicen otros: hablaremos de inmediato), la Corte Constitucional nunca cerró las puertas: siempre se limitó a establecer que lo que venía puesto bajo su conocimiento, como algo constitucionalmente ilegítimo, no lo era; sosteniendo aún que el legislador ordinario era, en estos aspectos, libre para escoger. Como puede observarse, las sentencias que tuvieron el efecto de salirse del centro, fueron aquellas sobre los Consejos de Prefecturas y sobre las Juntas provinciales administrativas, que fueron las que crearon en el ordenamiento positivo, dos desequilibrios que únicamente el legislador podía eliminar. Después de 1967, suprimidas las Juntas provinciales, la atmósfera en el Consejo de Estado se volvió muy pesada, dada la enorme cantidad de recursos jurisdiccionales que le llegaban. A pesar de ello, el Consejo de Estado y la Corte de Casación continuaron sus caminos indisturbados, como si nada se debiera cambiar. El Consejo de Estado cada vez más imbuido de la lógica que se había autoconstruido, como juez de anulación de actos y no de conocimientos de relaciones, en la práctica terminó con reducir también a la jurisdicción exclusiva a conocer sólo de ello, dejando de lado las aperturas doctrinarias que sugerían la conformación de algunos de estos juicios declarativos y de condena.

En lo que corresponde a la Corte de Casación, el esfuerzo para rectificar y aclarar su propia jurisprudencia respecto de la distinción entre las situaciones subjetivas: derecho e interés, y con la derivada distribución de las jurisdicciones, quedó en nada; de otra parte, la doctrina demostró que la distinción no era un "prius" sino un "posterius": era imprescindible, de previo, modificar la normativa sustancial para establecer en qué casos se daba una o la otra situación subjetiva: sólo que, en esa forma, el pronunciamiento de Casación, en los casos marginales que sobrevinieron y que fueron muchos, ese pronunciamiento se convertía en una predecisión (adelanto de criterio) sobre el mérito del litigio, del que conocía únicamente en la vía simple de juez de la jurisdicción. El lastre que arrastró así, por su decisión, la jurisdicción ordinaria con su actitud de renuncia en la interpretación del orden jurídico existente en el ya lejano 1865, no sólo dejaba de lado al juez ordinario sino que también se transformó en elemento alterador de todo el contexto de la justicia administrativa, impidiéndole llegar a ser un verdadero sistema.

Lo más extraño es que todo ello lo sabían, muy bien, los juristas, los jueces y los abogados si bien luego, cuando escribían o hablaban en sus escritos oficialmente, todos preferían callarlo. Oscuras colusiones de ambiguos juegos de poder corrompían el esfuerzo civil y degradaban a simple maniobra política cualquier intento de pensar o de hacer pensar.

9. En este ambiente se planteó, consecuentemente, la exigencia de crear los órganos regionales de justicia administrativa, los tribunales regionales administrativos. Cualquier pretexto fue bueno para perder tiempo, hasta el más ridículo que, siendo tribunales regionales... primero habría que crear las regiones. Se necesitaron cinco años para llegar a la Ley 6.12.1971, n. 1034, y si no se hubiese dado el empujón perspicaz y terco de Lucifredi quién sabe cuánto se hubiese tenido que esperar.[16]

Los tribunales administrativos regionales son jueces de primera instancia que reproducen, a nivel regional lo que era el Consejo de Estado a escala nacional; excepción hecha de algunas atribuciones meramente de detalle, que se salen del centro, tienen la jurisdicción general de legitimidad, la especial de mérito y la especial exclusiva, conforme al modelo del Consejo de Estado. En la jurisdicción no exclusiva conocen de aspectos relativos a derechos en vía prejudicial e incidental, como sucedía en el Consejo de Estado; iguales las posiciones de las partes en juicio, la estructura del juicio, los impulsos procesales; se hizo más simple el procedimiento, aún si, se acentuó su carácter jurisdiccional, ampliándose los poderes de instrucción probatoria. Las verdaderas novedades consisten —con excepción de lo que se dirá sobre los recursos administrativos— en la admisión expresa de

15. Es la tesis de las jurisdicciones paralelas, sostenida sobre todo por M. Ruini, *El Consejo de Estado y la Corte de Cuentas*, hoy en *Escritos*, VI, Milán 1964, 624.

16. Sobre la Ley 1038 existen bastantes escritos, en alguno de los cuales se incluye el arduo "iter" de su confección. Ver sobre todo A.M. Sandulli, *Los Tribunales administrativos regionales*, Nápoles 1972; P. Virga, *Los Tribunales administrativos regionales*, Milán 1972; O. Sepe-G.Pes, *Las nuevas leyes de justicia administrativa*, Milán 1972; R. Lucifredi-V. Caianello, *Los Tribunales administrativos regionales*, Turín 1972.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

sentencias declarativas y de condena a la par de aquellas constitutivas (anulación, reforma), y ciertas aperturas que están al filo de la normación, por ejemplo lo del artículo 4.

El problema mayor con que toparon los tribunales regionales fue el de la repartición de las competencias; la ley fijó tres criterios: el de la competencia territorial regional o intrarregional de la autoridad que dictó el acto impugnable; el de la eficacia local del acto de la autoridad no regional y el de la sede de la autoridad respecto de aquellos actos que no tuviesen eficacia local. Los criterios son ingeniosos, pero incompletos; de otra parte se vio cumplido el principio de doble grado de jurisdicción de manera integral al no existir un solo acto de autoridad administrativa respecto del que no exista un tribunal regional competente.

Finalmente debemos decir que los tribunales están integrados por magistrados nombrados a través de concurso y fue necesario un bienio para completar los concursos e integrar los tribunales; pésimas normas transitorias, que llegaron a originar absurdas controversias regularon la trasmisión de las atribuciones jurisdiccionales y de las competencias a los nuevos tribunales.

Éste, brevemente, el cuadro. Representantes de la clase política acompañaron con acentos de triunfo la publicación de la ley. En cambio la misma significaba, en el campo de la crónica, un paso adelante, el cual podría ser más o menos largo según la forma en que habrían de operar los tribunales; en el plano histórico fue en verdad una ocasión perdida pues se dejaron sin resolver la mayor parte de los nudos centrales del contexto de los institutos de justicia administrativa que estaban (y están) sin solución. Como se vio en las precedentes páginas, el transcurso del tiempo soltó algunos de estos nudos, formados a causa de la desafortunada ley de 1865: se llegó a la tutela jurisdiccional de los intereses legítimos, los tribunales del contencioso que sobrevivieron a pesar del legislador, se transformaron en jurisdicciones especiales. En un segundo y un tercer momento se produjo la reducción primero, la eliminación luego, de las innumerables jurisdicciones especiales, el vasto de la justicia retenida se modificó hacia procedimientos administrativos justiciables y con el corte de los privilegios injustificados de la administración se llegó a un estado, en su conjunto, civil. Quedaba abierto el punto referente al acomodo de la jurisdicción contable, así como aquellos de la supresión de la tutela, por separado de derechos y de intereses, y de la reestructuración del juez administrativo: ninguno de los cuales fue resuelto. En esa forma se mantuvo la figura equívoca de un denominado juez de las controversias relativas a derechos, el cual, en realidad, sólo es juez de algunas controversias patrimoniales y de otras relacionadas con el estado de las personas y de un, así llamado, juez de los intereses, el cual es también juez de derechos sobre todo en un vasto campo, como lo es el de las relaciones de trabajo de los dependientes públicos, campo sustraído al juez natural que debiera ser el juez de trabajo. También se mantuvo la vieja estructura del juicio administrativo sobre actos y no sobre relaciones, de manera que la tutela que se le ofrece al actor victorioso en juicio casi nunca es satisfactoria, por cuanto la anulación del acto administrativo tiene —como es sabido— efectos mucho más limitados que la nulidad del negocio privado. El parto del legislador fue la creación de tantos miniconsejos de Estado regionales a los que se les asignó una magistratura separada que no forma parte del Poder Judicial y, por ende, no garantizada: los aspectos esenciales (nudos) existentes no sólo fueron eliminados sino confirmados manteniéndose los resultados precedentes de denegación de justicia. En efecto, cuando quien busca justicia está obligado a buscarse primero el juez, con una búsqueda que puede requerir años de espera y cuando, al final el actor victorioso tendrá en su mano una cosa juzgada que el tiempo habrá ya corroído o que, en todo caso, será mucho más similar a la solución de un teorema que a una orden de justicia, no se diga que semejante barbaridad es un "sistema" jurisdiccional.[17]

10. Con la Ley delegada 24.11.1971, n. 1199 fueron promulgadas normas para "simplificación de los procedimientos en materia de recursos administrativos"; aunque fue promulgada antes de la Ley 1034, la ley delegada fue publicada después; dado que los dos actos normativos no fueron coor-

17. Téngase presente que el legislador conocía muy bien la situación, ya que raramente se había tenido una participación tan compenetrada (vivida) respecto de los problemas que significa la creación de los Tribunales administrativos, como la que se dio antes de 1971; cada año se desarrollaron uno o dos congresos, promovidos por los más variados organismos, los actos de esas reuniones fueron todos publicados, pero no siempre de los mismos se obtuvo la respuesta que los políticos daban a quien solicitaba enfrentar los problemas de fondo: políticamente no fue posible obtener más.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

dinados, surgieron fastidiosos problemas de coordinación al momento de su aplicación.[18] La Ley delegada n. 1199 constituye, en sustancia, una solución legislativa de algunos problemas —casi todos— puntualizados por la jurisprudencia en materia de recursos administrativos y que la propia jurisprudencia había resuelto, después de abrirlos, dentro de los límites que le había sido posible. Desde ese punto de vista es un acto normativo importante porque cierra el arco de la eliminación de la justicia retenida, respecto de aquellas colas que aún quedaban después de la larga obra de enderezamiento de parte de la jurisprudencia del Consejo de Estado. La ley da una disciplina completa a los recursos administrativos, a las oposiciones-recurso y a los recursos extraordinarios ante el Jefe de Estado.

Con apoyo en la combinación entre las normas de la Ley 1099 y las de la Ley 1034, el recurso jerárquico contra actos de órganos locales del Estado o de entes ultrarregionales fue convertido en alternativo respecto del recurso al Tribunal regional; fue suprimido el silencio rechazo, estableciéndose que, después de noventa días de su presentación sin que la autoridad haya resuelto, el acto impugnado con el recurso administrativo se convierte en directamente impugnable en sede jurisdiccional; reglas muy claras regulan la instrucción y el debido proceso.

El recurso extraordinario en verdad es muy poco parecido al antiguo recurso ante el Rey; en verdad, aún tal y como es, no se entiende por qué se le haya querido mantener ya que, en todo caso, continúa siendo un procedimiento perturbador de las situaciones jurídicas de la administración y sobre todo de los terceros. En todo caso ese recurso extraordinario es presentable en un plazo más breve, ciento veinte días en vez de los ciento ochenta de antes, contra los actos definitivos; el procedimiento ahora está cuidadosamente regulado y la novedad más importante la constituye la codificación de la "atracción" del recurso para ante los tribunales, anteriormente introducida por la reunión plenaria del Consejo de Estado: esa novedad consiste en la atribución al contrainteresado del derecho potestativo de solicitar que el recurso venga transferido al tribunal administrativo competente. También fue admitida la impugnación para solicitar la revocación de la decisión del recurso, que la Corte de Casación había excluido.

11. Transcurrieron así 110 años de historia de los institutos de justicia administrativa. Han sido demasiados para quien sostiene que los problemas de la tutela jurisdiccional de las situaciones subjetivas son problemas simples; no son demasiados para quien los coloque en su cuadro político que es aquel de la libertad, de la vía siempre ardua que la misma exige en los países antiguos de joven formación; pero aún así la verdad es que tampoco pocos. Lo que más impacta a quien contemple el asunto en su conjunto es lo que podríamos llamar la no cuerda locura de los diferentes episodios. Cada vez sucedió como si los legisladores se hubiesen colocado a contemplar la realidad sobre la que debían decidir, a través de un hueco en una enorme pantalla negra: esa realidad era solamente aquel pedacito de mundo visible y siempre, a todo aquel que advertí que se debía poner atención en el sentido de que el mundo era mucho más ancho, se le puso de lado, a menudo con la trillada motivación de ser enemigo del bien por ser amigo de lo mejor. El hecho es que tantos pequeños bienes, de la medida del hueco no se fusionaron, solo se acercaron, con el resultado que hoy se observa: la ausencia de un auténtico sistema de tutela.

Hasta ahora la fortuna nos ha sido propicia, girando su rueda y colocando en los diversos pequeños mecanismos, clavados, que conforman el contexto a algunos hombres de gran inteligencia y equilibrio. Al suplir con los dotes de la persona la desorganización del conjunto, no han logrado hacer armónico el contexto porque ello es humanamente imposible, sin embargo lograron hacer funcionar las partes que lo componen y a menudo con óptimos resultados. Pero ¿qué sucedería si la fortuna girase el sentido de la rueda? El riesgo existe, en el sentido de una vanalización, más que un deterioramiento. En todo caso debemos decir, eso sí, que la experiencia de los tribunales administrativos regionales es reconfortante.

12. Con todo, el conjunto —difícil es decir el sistema— de la justicia administrativa italiana continúa presentando una enorme cantidad de problemas. Bastaría ver, al respecto aquella que al momento es la más cumplida obra en materia, la "Giustizia amministrativa" de M. Nigro (Bologna, III ed.; 1983). La mayor parte de estos problemas son es-

18. Surgió también la duda sobre la legitimidad constitucional de esa ley delegada, por exceso de delegación: A.M. Sandulli, *Tribunales*, cit., 49.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

trictamente procesales y se derivan de lo que se decía, esto es, que las regulaciones de procedimientos o son viejas, como las del Consejo de Estado, o son casi inexistentes, como es el caso de los tribunales regionales.

En todo caso, respecto de estos problemas se está proveyendo: ante el Parlamento ha sido presentado un proyecto de ley en el cual se delega al Gobierno la redacción de una ley orgánica procesal para los juicios administrativos y todo hace suponer que el Parlamento la aprobará.

En cambio, los problemas de mayor trascendencia son los sustanciales: el hecho de que existan dos jueces competentes para las controversias con la administración pública, de un lado el juez ordinario en los asuntos relativos a derechos subjetivos y por el otro el juez administrativo para los litigios que conciernen los intereses legítimos; lo que significa, como fácilmente se comprende, una profunda interpretación previa de las leyes, particularmente de las leyes nuevas, para establecer si la situación jurídica tutelada es Derecho subjetivo o interés legítimo. En la mayor parte de los casos, esas interpretaciones son muy laboriosas y, al límite, frecuentemente meras opiniones.

La consecuencia de lo anterior es que más de una vez ha sucedido que para lograr encontrar al juez competente, donde debe plantearse la controversia, es indispensable obtener el pronunciamiento de la Corte de Casación en Secciones reunidas, órgano el cual, conforme al ordenamiento es el supremo juez de las competencias jurisdiccionales. En la realidad, antes de llegar a obtener la decisión de las Secciones reunidas de la Corte de Casación, es indispensable incoar proceso ante cada uno de los dos jueces posiblemente competentes: el tiempo técnico de tales procedimientos puede llegar a ser larguísimo; se han dado casos en que se necesitaron diez años para definir la competencia.

Este es el defecto fundamental de todo lo concerniente a la justicia administrativa que rige en Italia, y, en estos momentos, a como están las cosas, casi imposible de modificar, porque la Constitución Política lo ha hecho, en alguno de sus aspectos, más rígido. Ello explica a qué se debe que la mayor parte de los estudiosos italianos de justicia administrativa dirijan su atención al modelo alemán, que viene considerado hoy, como el más simple y el más eficiente de los existentes.

* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

ACCIONES DECLARATIVAS, CONSTITUTIVAS Y DE CONDENA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

PROF. JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

SUMARIO

Pág.

I. Introducción 45

II. La independencia de los poderes Ejecutivo y Legislativo 46
1. La independencia de los poderes Ejecutivo y Legislativo frente al Poder Judicial 46
2. El Poder Ejecutivo 46
3. El Poder Legislativo 46

III. Las acciones en el proceso administrativo 47
1. La clasificación de las pretensiones por la tutela solicitada del órgano jurisdiccional 47
2. Admisibilidad de los tres tipos de pretensiones en el proceso administrativo 47

IV. Pretensiones declarativas 48
1. Las pretensiones declarativas 48
2. Las sentencias declarativas 49
3. Efectos 50
   a) Eficacia jurídico-material 50
   b) Eficacia jurídico-procesal ejecutiva 50

V. Pretensiones constitutivas 51
1. Las pretensiones constitutivas 51
2. Eficacia jurídico-material 52
   a) Situaciones jurídicas derivadas de actos anulados 52
   b) Reconocimiento de una situación jurídica individualizada 52
3. Eficacia jurídico-procesal ejecutiva 54

VI. Pretensiones de condena 54
1. Las pretensiones de condena 54
   a) Que la prestación haya de realizarse por los particulares 55
   b) Que la prestación hubiera de realizarse por la administración pública 55
      a') Condena al pago de una cantidad de dinero 55
      b') Condena a otras prestaciones 55

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

2. Eficacia jurídico-material 56
3. Efectos procesales ejecutivos 56
a) Efectos ejecutivos de las sentencias de condena 56
b) Condenas a prestaciones que han de realizar los particulares 56
c) Condenas al pago de dinero por una entidad pública 56
a') Condena al pago de cantidad y ejecución 56
b') Obstáculos a la ejecución de las condenas al pago de cantidades de dinero 57
1.° La legalidad presupuestaria 57
2.° La inembargabilidad de los caudales públicos 57
c') Justificación a estas prerrogativas 57
d') Las dificultades reales de la efectividad de las condenas al pago de cantidades líquidas 58
e') La ejecución de condenas al pago de dinero y la reforma de Ley española 58
f') La ejecución en la reforma de la Ley de Costa Rica 58
d) Condenas a la entrega de cosas 59
a') Condena a la entrega de cosas y ejecución 59
b') La ejecución satisfactiva frente a la administración pública 59
c') Las medidas de ejecución con la reforma de la Ley española 59
e) Condena a una conducta distinta 60
a') Condena a una conducta distinta de dar y ejecución 60
b') Condena a deshacer 60
c') Condena a hacer 61

VII. Epílogo 61

Abreviaturas: *LJCR:* Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de Costa Rica.
LJE: Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa Española.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ACCIONES DECLARATIVAS, CONSTITUTIVAS Y DE CONDENA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

PROF. JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

I. INTRODUCCIÓN

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, como los demás derechos fundamentales, aparece consagrado, con fórmulas más o menos afortunadas, en todas las constituciones. Desde la de Chile de 1980 a la de Guatemala de 1985, desde la italiana de 1947 a la de la República de Irán de 1979. Todos los Estados, hayan o no suscrito la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Tratado Internacional de Derechos Políticos, reconocen en sus constituciones el derecho a la tutela de los tribunales. Y, en casi todos, no pasa de ser una declaración constitucional que no llega a la realidad social. En términos propios del tema que nos ha correspondido tratar, podríamos decir que estamos ante puros pronunciamientos declarativos, no constitutivos. Y mucho menos de condena.

Vuestra Constitución de 1949 reconoce el derecho en esta bellísima fórmula de su artículo 41: "Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacérseles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes".

La tutela jurisdiccional efectiva comporta plenas potestades del juez para la total y completa satisfacción de las pretensiones conforme al Ordenamiento Jurídico que ante él se formulen: Comporta la plena jurisdicción del juez para "juzgar y hacer ejecutar lo juzgado", a fin de que el Ordenamiento Jurídico se realice, ponga fin a la situación litigiosa que dio lugar a su intervención y se restablezca el orden jurídico.

Estamos tan acostumbrados los administrativistas a oír, leer y hablar de anulación y plena jurisdicción, como de dos realidades jurisdiccionales radicalmente distintas, que ha llegado a considerarse lo más natural del mundo la distinción, como si únicamente existiera jurisdicción plena al conocer determinadas pretensiones, que así se llaman. Olvidándose el origen histórico de la distinción, que si pudo resultar justificada como sistema para ir ampliando el ámbito del control jurisdiccional de la administración, resulta absurdo seguir manteniéndola en el momento actual.

No existe más que una jurisdicción. No existe más que una forma de que la tutela jurisdiccional sea efectiva. Y es reconociendo plena jurisdicción a los jueces, cualquiera que sea el orden jurídico en que ha de ejercerse (civil, penal, administrativo). Otra cosa es que, en ejercicio de esa plena jurisdicción, para satisfacer las pretensiones de las partes, baste la simple anulación del acto objeto de impugnación.

El administrado debe poder formular frente a la administración cuantas pretensiones fueren necesarias para la defensa de sus derechos e intereses legítimos. El juez debe pronunciarse en la sentencia sobre cuantas cuestiones puedan plantearse en orden a la satisfacción de la pretensión. Y el juez debe tener potestades para que lo fallado en la sentencia sea cumplido.

Existe, por tanto, una estricta correlación entre pretensión-fallo y ejecución.

Cuando la tutela se demanda frente a una administración pública, no existe "jurisdicción plena" para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Ni siquiera en el contencioso que, tradicionalmente, así se llama. A pesar de las impresionantes conquistas de las legislaciones en la sumisión de los entes públicos al control jurisdiccional, las potestades del juez al dictar sentencia se encuentran cercenadas y a la hora de la efectividad del fallo las garantías quiebran aparatosamente. En consecuencia, lo que se puede pretender del juez frente a la administración no será todo lo que se puede pretender frente a cualquier otro sujeto de Derecho.

A las potestades del órgano del Poder Judicial se opondrán las prerrogativas de los órganos de los demás poderes del Estado.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

II. LA INDEPENDENCIA DE LOS PODERES EJECUTIVO Y LEGISLATIVO

1. La Independencia de los poderes Ejecutivo y Legislativo frente al Poder Judicial.

El principio de separación de poderes o, mejor dicho, una peculiar interpretación del principio, ha constituido el principal obstáculo a la tutela jurisdiccional efectiva.

El famoso principio de separación entre administración y justicia conducirá a la interdicción más absoluta de los jueces de perturbar de cualquier forma la actuación de los órganos administrativos. Lo que se traducirá en la exención jurisdiccional de la actividad administrativa. Los jueces no podrán, no ya ejecutar lo juzgado frente a la administración pública, sino que ni siquiera podrán enjuiciar la conformidad a Derecho de la actividad de la administración. Ni juzgar, ni ejecutar lo juzgado.

Tal situación fue siendo superada, mediante una progresiva jurisdiccionalización de los órganos a los que se confiaba el enjuiciamiento de la actividad administrativa y una ampliación de sus potestades. Pero la independencia del Poder Ejecutivo, con justificación de diversa índole (el interés general, las necesidades públicas, la continuidad de los servicios públicos...), aparece siempre detrás de una serie de prerrogativas que constituyen importantes limitaciones del ejercicio de la función jurisdiccional frente a las administraciones públicas.

Mas hoy, los principales obstáculos a una eficaz tutela jurisdiccional frente al Estado, no radican solo en la posición de prerrogativa del Ejecutivo. Radican también —y muy especialmente— en el Legislativo. Quizás, hayamos vuelto a la situación de las repúblicas americanas, que denunciaba Jefferson en 1789 al decir: "la tiranía de los legisladores es actualmente y será todavía por espacio de muchos años, el peligro más tremendo; y la del Poder Ejecutivo vendrá luego pero en periodo más remoto".[1] La tiranía del ejecutivo llegó. Y subsiste. Pero en connivencia con el Legislativo, con el que se ha fundido en los regímenes parlamentarios, quedando únicamente —en tanto queda— el Poder Judicial como independiente del Poder político. En un régimen parlamentario solo existen dos poderes: el político y el jurisdiccional.

2. El Poder Ejecutivo.

El Poder Ejecutivo o, mejor, la administración pública —y no solo la del Estado— ha sido investida de unas prerrogativas que suponen una nada despreciable esfera de inmunidades frente a los jueces. En tanto subsistan tales prerrogativas y en tanto se ejerciten con la arbitrariedad con que se ejercitan, resulta difícil hablar de tutela jurisdiccional efectiva frente a la administración.

Los jueces no podrán en sus sentencias hacer pronunciamientos ni adoptar medidas para hacerlas efectivas que podrían hacer y adoptar frente a cualquier otro sujeto. La prohibición de despachar mandamientos de ejecución y de dictar providencias de embargo contra los caudales públicos supondrá limitar enormemente el ámbito de las pretensiones y sentencias de condena frente a la administración pública.

Al lado de estas prerrogativas institucionales que consagran los ordenamientos jurídicos, está la fuerza del Poder Ejecutivo. En él radican los medios coercitivos para hacer efectivos los mandatos, la fuerza para eliminar cualquier resistencia que pueda oponerse a las decisiones del Estado. Cuando el mandamiento es judicial y el obligado es el propio Ejecutivo, nos encontramos con que tiene que obligarse a sí mismo, que la fuerza ha de utilizarse frente a los titulares de sus órganos.

No puede desconocerse el fundamento incuestionable de aquellas prerrogativas. No parece que puede seriamente admitirse la posibilidad del embargo y ejecución sobre bienes muebles e inmuebles que sirven de base a servicios públicos esenciales. De aquí las dificultades para que la regulación del proceso administrativo permita armonizar aquellas prerrogativas con garantías eficaces para la plena satisfacción de las pretensiones fundadas.

3. El Poder Legislativo.

El Legislador puede jugar también un importante papel a la hora de la efectividad de los fallos. Pues es al Parlamento al que corresponde la aprobación de los presupuestos. Y el cumplimiento de las condenas al pago de cantidades líquidas ha de hacerse

---

1. En carta a MADISON, que cita TORQUEVILLE. Me remito a mi trabajo *Administración Pública y Libertad*, Méjico, 1971, pp. 39 y s.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

en la forma y dentro de los límites que permitan las partidas presupuestarias.

En los miembros del Parlamento, investidos de una injustificada inmunidad, radica, por tanto, la potestad de hacer posible el cumplimiento de las condenas. Al menos de las condenas al pago de dinero.

Puede, indudablemente, existir arbitrariedad en las decisiones del Parlamento. En un sistema parlamentario, no es fácil que pueda darse una actitud del Parlamento colaboradora con el Gobierno en la obstaculización de la ejecución de un fallo. Ante una sentencia molesta, que no gusta —pensemos en una sentencia declarando una expropiación ilegal de importantes bienes—, que es contraria a la política del Gobierno, ¿es que se van a dar facilidades para su ejecución? En el Parlamento podrá vociferar la minoría —si la deja el Presidente de la Cámara respectiva—, pero nada más. Y, en último término, acudir a la justicia constitucional por violación del derecho a la tutela judicial efectiva, que, en el mejor de los casos, acabaría en otra sentencia que no tendrá mejor destino que la del juez ordinario ante el bloque de inmunidad parlamentaria.

Pero no siempre los obstáculos a la ejecución provenientes del Parlamento van a obedecer a razones bastardas. Los "representantes del pueblo" pueden también, actuando correctamente, verse en la imposibilidad de poder atender los mandatos judiciales.

Pues es un hecho incuestionable que la mayoría de los Estados, con unos dirigentes que viven en la más insultante opulencia, asumen fines de muy diversa índole en proporción muy superior a los medios de que disponen, lo que se traduce en que la administración incrementa considerablemente su actividad invadiendo todas las esferas, perfeccionando contratos de objeto muy diverso —desde campañas de imagen del Gobierno a la realización de importantes obras—, expropia, produce lesiones patrimoniales. Consecuencia: la asunción de obligaciones costosísimas. Y hay que pagar las deudas que se acumulan. Y los intereses de las deudas.

Pero todo tiene un límite. Hasta la capacidad tributaria del vil y despreciado ciudadano. Hasta la deuda pública, exterior o interna. Por lo que nada tiene de extraño, que los legisladores de un Estado en quiebra se encuentren en la imposibilidad de atender los mandatos judiciales.

III. LAS ACCIONES EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO

1. La clasificación de las pretensiones por la tutela solicitada del órgano jurisdiccional.

La eficaz tutela de los derechos o intereses puede exigir del tribunal pronunciamientos y, en su caso, actividades de ejecución, de naturaleza muy distinta. El demandante solicitará en cada caso el pronunciamiento o pronunciamientos que considere necesarios en defensa de sus derechos e intereses.

En razón a la naturaleza de la petición y, por tanto, del contenido de la sentencia, se han clasificado las acciones o pretensiones y las sentencias en declarativas, constitutivas y de condena.

Lo que no supone que en un proceso concreto únicamente pueda pretenderse una sentencia que sea declarativa, constitutiva o de condena. Sino que puede pretenderse una sentencia que contenga pronunciamientos que permitan catalogarse en más de una de las categorías señaladas. Es más, esto será lo normal en un proceso administrativo. Pues, para el pleno restablecimiento de la situación jurídica vulnerada, no bastará la anulación del acto administrativo y consiguiente modificación de la relación jurídica dimanante del mismo (lo que sería objeto de una pretensión de sentencia constitutiva), sino la condena de la administración pública demandada a realizar una determinada prestación.

2. Admisibilidad de los tres tipos de pretensiones en el proceso administrativo.

La posición de prerrogativa de las administraciones públicas ha determinado la imposibilidad de admitir en el proceso administrativo los tipos de pretensión que se dan en el proceso civil. Todavía no son admisibles en buen número de legislaciones y, concretamente, en algunas legislaciones de los países americanos de habla española. Pues la evolución legislativa ha seguido derroteros distintos en cada uno de ellos.

No es este el caso de la Ley de Costa Rica. Como tampoco el de la Ley española. A tenor de

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

nuestras leyes, se puede pretender contra los tribunales frente a una administración pública lo mismo que podría pretenderse frente a cualquier otro sujeto de Derecho. Y los tribunales, por tanto, podrán, para satisfacer aquellas pretensiones, hacer los mismos pronunciamientos que frente a una persona no investida de prerrogativas.

Ahora bien, el alcance y efectividad del fallo no será el mismo que el alcance y efectividad de la sentencia dictada frente a un particular. Un tribunal del orden contencioso-administrativo de España o Costa Rica, puede incuestionablemente dictar sentencias de condena. Puede, incuestionablemente, condenar al Estado o a cualquier otra entidad pública a realizar una prestación. Pero cuando condena al pago de una cantidad líquida, por ejemplo, ¿tiene el mismo alcance que cuando condena al pago de la misma cantidad a un particular?... ¿Tiene el mismo sentido? Porque si lo que caracteriza a una sentencia de condena es la posible ulterior ejecución forzosa del fallo ante la resistencia del obligado, es indudable que la condena en uno y otro caso no será lo mismo. Aunque las expresiones del pronunciamiento de la sentencia sean idénticas a las que puede emplear el juez civil en una sentencia frente al particular.

Lo que supone que no existen, propiamente, especialidades en el proceso administrativo declarativo, empleando la expresión "declarativo" en sentido amplio como opuesto a "ejecutivo". Las especialidades existirán en el proceso administrativo de ejecución.

En otras palabras, si los jueces han de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, el juez administrativo podrá juzgar plenamente; pero no hacer ejecutar lo juzgado. Al menos con plenitud de jurisdicción.

En el proceso administrativo podrá hablarse de pretensiones declarativas, constitutivas y de condena. Pero muy discutiblemente podrá hablarse de pretensiones de ejecución.

A continuación, al estudiar los distintos tipos de pretensiones de cognición, necesariamente ha de hacerse referencia a la eficacia de la sentencia que recaiga sobre ellas, y, por tanto, a su proyección en la ejecución del fallo.

IV. PRETENSIONES DECLARATIVAS

1. Las pretensiones declarativas.

La pretensión es declarativa cuando lo que se pide al órgano judicial es la mera declaración de la existencia o inexistencia de una relación jurídica. Solo se pide una simple declaración sobre una relación jurídica. La finalidad perseguida es la certeza, la desaparición de la incertidumbre o de la inseguridad jurídica en que se halle el demandante. La petición tiende a la constatación de una situación jurídica existente, sin que la imponga a persona determinada, aunque pueda darse interés en que la declaración se haga frente a alguien.

Es indudable que en el ámbito del proceso administrativo, pueden darse pretensiones declarativas. Pero en el sentido estricto señalado, el ámbito de las pretensiones meramente declarativas es sumamente reducido. No pueden clasificarse declarativas muchas acciones que se vienen considerando como tales.

Pues si del acto administrativo que es presupuesto del proceso administrativo deriva una situación jurídica, aun cuando la pretensión deducida frente al mismo se concretase en pedir pura y simplemente una anulación, la pretensión no sería declarativa, pues la anulación comportaría la extinción de las situaciones jurídicas derivadas del acto y sería constitutiva, como después veremos.

La pretensión será propiamente declarativa si el acto administrativo objeto del "recurso contencioso-administrativo" se hubiese dictado como consecuencia de una petición ante la administración en que se solicitara de ésta, pura y simplemente, una declaración acerca de la existencia o inexistencia de una situación jurídica. El acto que denegará (expresa o presuntamente) la petición, no supondría una transformación de la naturaleza de la petición cuando ésta se formulare ante el órgano jurisdiccional. El acto tendría como única finalidad el cumplimiento de un presupuesto procesal. Y la prestación procesal administrativa contendría como primer pedimento, por supuesto, la anulación del acto, y, subsiguientemente la declaración jurisdiccional acerca de la existencia o inexistencia de la relación jurídica que no declaró el acto. No se perseguiría una sentencia que

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

en su momento fuese susceptible de ejecución, sino una declaración con la que se obtendría el beneficio "de la seguridad jurídica presente y futura, la certidumbre de los derechos y su normal disfrute, previniendo contra la violación de los mismos.[2]

El acto administrativo objeto de impugnación en el proceso administrativo, al denegar la petición declarativa formulada ante la administración, normalmente comportará algo más que la pura denegación de una declaración: la denegación del reconocimiento de una situación jurídica, con las consecuencias que ello comportaría. Por lo que la tutela jurisdiccional efectiva exigiría que el tribunal no se limitara a la anulación del acto, sino que exigiría el reconocimiento de la situación jurídica individualizada.

Aún así, si la pretensión y el fallo se limitaran al simple reconocimiento de una situación jurídica existente, ello no desvirtuaría su carácter declarativo. Pues la sentencia no produciría el efecto de crear una situación jurídica no existente (lo que determinaría el carácter constitutivo de la pretensión y de la sentencia), sino la simple constatación de la situación jurídica previniendo contra actuaciones futuras. Por ejemplo, la simple declaración de la condición de funcionario público, si solo se pretende esto, y no consecuencias derivadas de ello, que exigieran una prestación (pago de haberes, admisión a un concurso, etc.), en cuyo caso la pretensión —y sentencia— serían de condena.

De lo expuesto se desprende el limitado campo de aplicación de este tipo de pretensiones en el proceso administrativo.

En la ponencia en la Segunda Comisión de Reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de Costa Rica, se regula expresamente este tipo de pretensión en la proposición de reforma del artículo 22. El apartado 8 de la propuesta de reforma de este artículo, dice:

> "El demandante podrá pedir se declare la existencia o contenido, o la inexistencia, de una relación jurídica con la administración, lo mismo que la ilegitimidad de un acto o comportamiento de esta última, sin pedir simultáneamente ni la anulación del acto ni condenatoria alguna, pero ha de demostrar suficientemente legitimación procesal para hacerlo y que son imposibles —por prematuras o tardías— la acción anulatoria o resarcitoria correlativas".

Es indudable que para el ejercicio de este tipo de acción, adquiere especial relieve el tema de la legitimación. El demandante debe ostentar interés directo en la declaración. Pero no parece necesario limitar la legitimación en los términos de la propuesta de la Ponencia.

Quizás, también sea correcto catalogar entre las pretensiones meramente declarativas aquellas en que lo que se solicita del tribunal es la declaración de la nulidad de pleno Derecho. Limitada ésta a los supuestos realmente excepcionales en Derecho Administrativo de nulidad absoluta, parece evidente que cuando la sentencia accede a la pretensión y la estima, declarando la nulidad, no modifica la realidad jurídico material, sino que no hace otra cosa que reconocer cuál era —y es— ésta.

Por último, asimismo podría considerarse meramente declarativa la pretensión de que se declare ilegítimo un acto futuro, a que se refiere el apartado 4 del artículo 22. Ahora bien, en cuanto no se limita la petición al juez a tal declaración y se extiende a ordenar que cese su preparación, se está regulando una pretensión de condena.

2. Las sentencias declarativas.

Serán sentencias declarativas las que satisfacen una pretensión de esta naturaleza. Pero también son declarativas todas las sentencias que deniegan la actuación de la pretensión, cualquiera que fuere la naturaleza de ésta, aunque no sea declarativa.

Si la sentencia no actúa la pretensión, bien porque la declara inadmisible (arts. 59, a) y 60, LJCR; arts. 81, 1, a) y 82, LJE) o porque la desestima o declara improcedente (art. 61, 1, LJCR; art. 83, 1, LJE), la sentencia será declarativa.[3]

Si la sentencia es estimatoria de la pretensión, como la estimatoria de cualquier otro tipo de pretensión, contendrá un primer pronunciamiento: anulación del acto. El acto que fue el presupuesto que dejó abierta la vía procesal debe quedar anulado. Ahora bien, para que la sentencia sea meramente declarativa en sentido estricto —y no constitutiva—

---

2. Qué es lo que caracteriza a las pretensiones declarativas. PRIETO CASTRO, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, 2ª ed., Pamplona. 1985, I, p. 443. Al estudiarse el proceso administrativo, no suele admitirse la clasificación de acciones civiles. Se parte de criterios distintos. (Cfr. por ejemplo, RAMÍREZ ARCILA, *Fundamentos procesales y pretensiones contencioso-administrativas*, Bogotá, 1983, en especial, pp. 117 y ss.

3. GUASP, *Derecho Procesal Civil*, 2ª reimpresión de la 3ª ed., Madrid, 1977, I, pp. 514 y s.; GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho Procesal Administrativo*, 2ª ed., Madrid, 1966, II, p. 901.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

es absolutamente necesario que se hubieren limitado a denegar la declaración solicitada de existencia o inexistencia de una situación jurídica.

3. Efectos.

a) Eficacia jurídico-material.

La sentencia meramente declarativa no producirá efectos directos en las relaciones jurídico-materiales. La sentencia no altera la realidad jurídica material existente antes de incoarse el proceso en que se dictó. La realidad jurídica es la misma, antes y después de la sentencia. La sentencia se limita a declarar cuál era y es esta realidad. Únicamente puede producir efectos reflejos o indirectos. Si se declara la existencia de una situación jurídica existente, la sentencia producirá el efecto de dar firmeza a la situación jurídica y podrá servir de base a la posible constancia de la misma en el Registro correspondiente.

b) Eficacia jurídico-procesal ejecutiva.

La sentencia declarativa no es susceptible de ejecución forzosa. Como dice PRIETO CASTRO, "no produce ninguna efectividad fuera de ella misma, y, por tanto, no es susceptible de progresar ni producir una ejecución forzosa".[4] El proceso tuvo por objeto una pretensión dirigida a obtener una simple declaración. Y, en torno a este objeto, giró toda la actividad de las partes y del juez, y se pronunció la sentencia. La tutela jurisdiccional queda satisfecha con la simple declaración. La certeza se habrá conseguido y se evitará que en actuaciones ulteriores se ponga en entredicho la situación declarada en la sentencia como existente o inexistente.

Ahora bien, si pese a la declaración de la sentencia, se producen actos que desconocen la existencia o inexistencia de la situación jurídica ¿no sería posible acudir a la ejecución forzosa para la anulación del acto? ¿Sería necesario un nuevo proceso contra el acto, después de agotar la vía administrativa, a fin de que prevalezca la declaración de la sentencia?

Es necesario tener en cuenta que en el proceso administrativo, a diferencia del proceso civil, la pretensión por puramente declarativa que sea, se ha formulado frente a la administración pública, después de haberse instado ante ella y de haberlo denegado por un acto administrativo previo ¿hasta qué punto esta administración pública, que ha sido parte en el proceso y ha sido vencida en el mismo, puede desconocer después el contenido del fallo?

Parece evidente que si el desconocimiento del pronunciamiento de la sentencia fuera por otro acto administrativo puramente declarativo en sentido contrario, se podría instar la anulación de este último en procedimiento de ejecución de sentencia. Pero, normalmente, no ocurrirá así. El desconocimiento de lo declarado en la sentencia tendrá lugar por actos dictados en procedimientos con objeto determinado, por actos que, desconociendo aquella realidad, impongan consecuencias contrarias a lo que la sentencia declaró.

Supongamos, por ejemplo, que la sentencia declarativa se limitó a reconocer que el demandante tenía la condición de funcionario de ese determinado cuerpo y categoría. No se pidió nada más ni, por tanto, la sentencia fue más allá de la simple declaración de que así era.

Pues bien, si años después, la administración pública convoca un concurso en el que se exige para participar aquella concreta condición y no se admite al concurso el que obtuvo sentencia declarativa en tal sentido, por el único motivo de entender que no reunía el requisito, ¿podría instar la anulación de la exclusión, el reconocimiento del derecho a tomar parte en el concurso y la condena a la administración a admitirle en un procedimiento de ejecución forzosa dimanante de la sentencia puramente declarativa dictada hace años? ¿O sería necesario formular una pretensión de condena, que daría lugar a un nuevo proceso?

Aun cuando los puros principios procesales nos dijeran que esto último es lo correcto, dada la amplitud con que se regula en nuestro Ordenamiento el incidente de ejecución, creo que es posible en estos casos evitar el calvario de un nuevo proceso para hacer valer una situación jurídica que ya fue declarada por una sentencia firme.

Ha de admitirse la posibilidad de que, en ejercicio de aquella sentencia declarativa, se impongan a la administración pública las consecuencias derivadas del pronunciamiento declarativo.

---

4. *Tratado*, cit., I, p. 445.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

V. PRETENSIONES CONSTITUTIVAS

1. Las pretensiones constitutivas.

La pretensión es constitutiva cuando lo que se pide al órgano jurisdiccional es la creación, modificación o extinción de una situación jurídica preexistente. Se trata de que la sentencia cree una situación jurídica (constitutiva en sentido estricto), o extinga una situación jurídica (pretensión resolutoria).

Se solicita del órgano judicial una sentencia que, en sí misma, produzca un efecto directo en las relaciones jurídico-materiales, creándolas, modificándolas o extinguiéndolas. De aquí las diferencias de las pretensiones meramente declarativas. Pues mientras la sentencia estimatoria de una pretensión declarativa se limitará a pronunciarse sobre la existencia o inexistencia de una relación jurídica, la sentencia constitutiva determinará la mutación de la realidad jurídico material.

Si las sentencias constitutivas constituyen los supuestos excepcionales en el proceso civil, son el supuesto normal en el proceso administrativo, siempre y cuando se reconozca al propio tribunal potestades para producir este efecto directo.

En cuanto es presupuesto del proceso administrativo, un acto administrativo, que se presume legítimo y es ejecutivo, del mismo dimanan unas relaciones jurídicas. La pretensión dirigida contra el acto, aun cuando se limite a solicitar la anulación, si es estimada, dará lugar a una sentencia que comportará la anulación del acto y, consiguientemente, la extinción de la relación jurídica derivada del mismo. Pero si lo que se pretende no es simplemente la anulación y consiguiente extinción de las relaciones jurídicas, la pretensión —y subsiguiente sentencia estimatoria— pueden determinar la creación o la modificación de la relación jurídica. En efecto:

a) Si el acto administrativo había denegado el reconocimiento de la relación jurídica, por estimar que no se deban las circunstancias que constituían los requisitos de la misma, y la sentencia considera que se han cumplido estos requisitos, de la misma derivará el nacimiento de la relación jurídica.

La diferencia entre la pretensión —y sentencia— declarativa y la constitutiva dependerá, según se ha dicho, de que la relación jurídica exista o no con anterioridad: mientras en la sentencia declarativa el juez se limita a constatar su extinción, en la constitutiva reconocerá el nacimiento de la situación jurídica.

La diferencia, por supuesto, es sutil. Y cuando nuestras leyes dicen que podrá pedirse el reconocimiento de una situación jurídica, presuponen la existencia del Derecho. El Derecho, la relación jurídica existían antes de que el acto administrativo lo negase. Por lo que la sentencia viene a reconocer lo que ya existía.

b) Si el acto administrativo presupone la existencia de la relación jurídica y el demandante considera que el acto infringe el Ordenamiento Jurídico al configurar alguno de los elementos de la relación, se pretenderá la modificación de la relación a fin de que se ajuste al Ordenamiento Jurídico. La relación jurídica subsistirá después de la sentencia; pero se habrá modificado aquel elemento que infringía el Ordenamiento Jurídico (v. gr. cuantía del justiprecio o de una indemnización, condiciones de una concesión; contenido de una licencia).

Ahora bien, para que pueda hablarse de una sentencia administrativa constitutiva es necesario que la modificación de la relación jurídica sea un efecto directo de la sentencia, que la sentencia en sí misma produzca la modificación de la realidad jurídica. Lo que, por supuesto, todavía no ha sido reconocido al juez en muchos ordenamientos. Pues todavía existen ordenamientos en que las potestades del juez se limitan a la simple anulación del acto y a la declaración del reconocimiento de la relación jurídica o de cómo debe quedar conformada ésta. Pero es la administración pública la que tiene potestades para sustituir el acto anulado por otro que configure la relación jurídica de acuerdo con el Ordenamiento Jurídico.

c) La pretensión de que se reconozca una situación jurídica no debe limitarse al supuesto de derechos subjetivos en sentido técnico, ni siquiera en el sentido amplio en que lo viene entendiendo la jurisprudencia de nuestros países. Sino que debe admitirse su formulación al titular de un simple interés personal y directo. Pues para que quede satisfecho este interés —y con ello el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva— no bastará en muchos casos con la anulación del acto. Ésta será suficiente, por ejemplo, cuando del acto objeto de impugnación dimanan los efectos perjudiciales a ese interés (actividades molestas, insalubres o peligrosas; prestación de servicios públicos perjudiciales, etc.). Pero no bastará la simple anulación cuando el interés del

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

demandante resulte lesionado porque la situación jurídica dimanante del acto impugnado no es conforme a ese interés legítimo (v. gr. no recuperación de la posesión de un camino público, trazado de una vía pública...).

De aquí que parezca oportuna la reforma de la Ley en el sentido propuesto por la ponencia de *Eduardo Ortiz,* si bien resulta excesiva la casuística del artículo 22, tal y como se entiende debe ser reformado.

2. Eficacia jurídico-material.

En los ordenamientos jurídicos, como el de Costa Rica, en que el juez administrativo tiene potestades para anular el acto administrativo y, además, reconocer, modificar o extinguir la relación jurídica, la sentencia será constitutiva y producirá directamente efectos en las relaciones jurídico-materiales.

Esta eficacia está sujeta a límites, que vendrán dados en función del contenido del acto administrativo impugnado y del de la pretensión deducida. A tal efecto, hemos de partir de una norma general consagrada en nuestras leyes: que la sentencia que anulare el acto o disposición producirá efectos erga omnes, "producirá efectos —dice la Ley— entre las partes y respecto de las personas afectadas por las mismas". Respecto de esta norma general se imponen las distinciones siguientes:

a) Situaciones jurídicas derivadas de actos anulados.

Las situaciones jurídicas derivadas del acto anulado se extinguen, desaparecen. Si aquellas situaciones jurídicas únicamente afectaban al demandante (v. gr. ordenándole la realización de obras en un edificio de su propiedad, expropiación individual de un derecho de que es titular) por su propio contenido su eficacia no se extenderá a persona distinta del demandante, por no existir otros afectados.

Pero si, por el contrario, el acto afectaba a otras personas (v. gr. sanción colectiva, expropiación de un conjunto de bienes, anulación de un concurso en que habían participado otras personas), y la pretensión no se fundó en motivos propios del demandante (v. gr. que la sanción era improcedente al mismo o la expropiación ilegal en cuanto afectaba a su derecho) sino en infracciones del ordenamiento general que viciaban de invalidez el acto en general, la anulación producirá efectos erga omnes: la sanción quedará sin efecto respecto de todos los sancionados, o la expropiación respecto de todos los bienes expropiados.

b) Reconocimiento de una situación jurídica individualizada.

Si lo que se pretendió —y la sentencia reconoció— fue una situación jurídica individualizada, creando lo denegado por la administración pública o modificando la existente, en principio, no se extiende de la eficacia de la sentencia más allá de la persona del demandante. La anulación del acto administrativo impugnado que había denegado la petición previa de reconocimiento o modificación de la situación jurídica no tendrá otro alcance que el puramente procesal de privar de efectos al acto previo, para llegar al pronunciamiento sobre el reconocimiento de un derecho subjetivo al demandante o de la modificación de la relación jurídica de que era parte. Pero no se extenderá a otras personas que se encuentren en la misma situación, por idéntica que sea.

No obstante, la jurisprudencia española, en aplicación del principio constitucional de igualdad, ha ido progresivamente extendiendo los efectos de la sentencia constitutiva que reconoce un derecho subjetivo al demandante a los que se encuentran en idéntica situación. Pensemos en un colectivo de funcionarios que pretenden el reconocimiento de unos mismos derechos económicos —v. gr. determinados sueldos o retribuciones complementarias— o de otra naturaleza —situación escalafonal, jubilación a determinada edad—. Si solo una parte del colectivo incoó el proceso administrativo en el que se dictó sentencia favorable, ¿hasta qué punto esta sentencia beneficia a los demás?

No son solo los principios generales los que imponen la limitación subjetiva de la eficacia de la sentencia. Sino razones de diversa índole. Como la seguridad jurídica y lo irrazonable que sería que quienes nada arriesgaron obtuvieron los beneficios del fallo. Sin haber realizado gasto alguno, sin haberse enfrentado con la administración —todo proceso supone un enfrentamiento—, se encontrarían con unos derechos por los que no han luchado.

Sin embargo, como he indicado, la jurisprudencia española ha ido ampliando los efectos subjetivos de la sentencia, siempre dentro de los plazos de la prescripción. Pues si una vez dictada sentencia hubiera prescrito el derecho (v. gr. derecho a percepción de determinados haberes), no podrá reconocerse el derecho a los que no incoaron el proceso.

Hay que reconocer que, ante una sentencia desestimatoria, reconociendo una situación jurídica, la administración, en aplicación de los principios señalados, suele extender sus efectos a los no demandantes que se encuentren en idéntica situación, sin necesidad de la intervención judicial. Cuando se trata de funcionarios, la razón es obvia: ¿cómo

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

va a reconocerlos a los que tuvieron la osadía de oponerse y litigar, y negárselos a los que fueron buenos, fieles y sumisos?

Pero si no ocurre así y la administración se limita a aplicar la sentencia en sus propios términos, ¿cuál es la solución de la jurisprudencia?

La única solución procedente, correcta, sería incoar una nueva petición ante la administración a la que serviría de apoyo la sentencia ya dictada, si bien únicamente como procedente. Y, frente a la denegación expresa o presunta de esta petición, se incoaría un nuevo proceso en el que si la sentencia fuese contradictoria, podría ser impugnada mediante recurso de revisión.

Pero últimamente, el Tribunal Supremo ha llegado a atribuir eficacia erga omnes a la sentencia constitutiva que reconoció unos derechos a los demandantes, permitiéndose la efectividad y extensión de los derechos a favor de terceros en vía de ejecución. En este sentido un Auto de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 1985, delimita así la cuestión:

"El problema —dice— consiste en determinar el modo de hacerse extensivos estos efectos, si pueden pedirse directamente en fase de ejecución de sentencia, personándose en ella los afectados, o han de solicitarlo de la administración... y frente a su denegación seguir un proceso diferente".

Y sobre esta cuestión, el auto, en los fundamentos jurídicos 3º a 5º sienta esta importante doctrina:[5]

> "Reiterada jurisprudencia (sentencias de 16 noviembre de 1960, 5 noviembre de 1971, 24 mayo y 22 diciembre 1972, 29 junio 1981) se había inclinado por esta segunda solución, declarando que ante la negativa de la administración, debían interponerse los recursos procedentes y el contencioso-administrativo, en el cual operaría la cosa juzgada y no se podría discutir nuevamente el asunto. Sintetizando los argumentos de estas sentencias se reducen a los siguientes: la necesidad de actos administrativos que materialicen las declaraciones de las sentencias extensibles a otros afectados; que la potestad de hacer ejecutar lo juzgado no llega a la ejecución en un sentido de operaciones físicas o técnicas, que le incumben a la administración, según el art. 103 de la LJ; oportunidad de que las entidades administrativas condenadas en una sentencia, como cualquier otro sujeto puedan cumplir voluntariamente la sentencia; mayor garantía para los administrados, ya que la complejidad de las medidas que pueden ser tomadas, impone que los actos administrativos donde se concreten puedan ser controlados por el Tribunal sentenciador; por último, que la declaración de cuando la cosa juzgada afecta a terceros, caso del art. 86-2 citado, requiere la confrontación de la sentencia con la petición de los afectados por ella, lo que no es propio de la fase de ejecución.
>
> El art. 117-3 de la Constitución, recogido en el 2, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 2 de julio de 1985, robustecen la autoridad y la fuerza de los Tribunales, a los que atribuyen en exclusividad la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en toda clase de procesos, por lo que han desaparecido las diferencias entre ejecución contencioso-administrativa y en el orden civil, siempre que produzcan una merma de la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución y no se hallen amparadas por leyes acorde con la Constitución en esa línea, las sentencias del Tribunal Constitucional de 7 de junio de 1984 y 18 de enero de 1985, declaran que hacer ejecutar lo juzgado supone requerir la colaboración de la administración para que dicte los actos que den efectividad al mandato de la sentencia y que para instarla, se hallan habilitadas las partes interesadas, según el art. 110 de la Ley de la jurisdicción, que pueden ser personas diferentes a quienes fueron parte en el proceso anterior.
>
> Por consiguiente, hay que compatibilizar el principio constitucional de la tutela judicial efectiva, con el también constitucional de seguridad jurídica. Sin merma de la posibilidad del Tribunal sentenciador de adoptar todas las medidas precisas para traducir a la realidad las consecuencias de las declaraciones de la sentencia, la administración necesita dictar actos administrativos de obligada emisión y realización material, según le ordene aquél ya que en virtud del principio de legalidad, los entes administrativos no pueden obrar de otra forma. Ahora bien: Si la administración no reconoce los efectos del art. 86-2 de la Ley jurisdiccional, no ha de seguir un nuevo proceso administrativo, lo cual haría poco operativa dicha norma, sino que frente a la negativa, los afectados pueden, conforme a los arts. 103 y siguientes de la citada Ley, instarse dentro de la fase ejecutiva del proceso anterior, para que los efectos de la sentencia les alcance".

5. Cfr. comentario de este Auto en P. GONZÁLEZ SALINAS, *La eficacia jurídica de las sentencias*, REDA, Nº 46.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

3. Eficacia jurídico-procesal ejecutiva.

La sentencia constitutiva no requiere ejecución. El efecto ejecutivo no es propio de estas sentencias, sino de la acumulación de una pretensión constitutiva a otra de condena.

Ahora bien, la sentencia constitutiva, como toda sentencia, encierra, además de un juicio lógico, un imperativo de voluntad que satisface la pretensión y que debe ser acatada. Sería inconcebible que ante una actitud de resistencia a respetar la relación jurídica constituida por la sentencia, no fuera admisible una actuación del órgano judicial conducente a que se respetare el fallo. No es que la sentencia constitutiva no excluya la necesidad de realizar actos consecuenciales que no tienen carácter ejecutivo, como dice PRIETO CASTRO, sino más bien de acreditamiento o constancia.[6] Sino que no excluye la posibilidad de medidas de ejecución. Sin necesidad de que a la pretensión constitutiva se acumule otra de condena y sin que la sentencia contuviera pronunciamiento en tal sentido, el reconocimiento en el fallo de la existencia de una relación jurídica, será título suficiente para toda vía ejecutiva encaminada a acomodar la realidad con aquella relación jurídica.

Es evidente, sin embargo, que será necesaria la pretensión de condena —no bastará la puramente constitutiva— cuando la tutela jurisdiccional comporta necesariamente una prestación de la administración demandada. Por ejemplo, si lo que se discute es el derecho a una indemnización o a percibir unos haberes, no bastará que la sentencia reconozca el derecho a la indemnización o a los haberes. Será necesario que la administración pague la cantidad correspondiente al demandante. Será necesario que pida —y la sentencia contenga un pronunciamiento en tal sentido— la condena al pago de la cantidad.

En el supuesto de que el demandante omitiera tal petición de condena y se limitase a pedir el reconocimiento del derecho, ¿podrá el juez administrativo dictar sentencia de condena? Y si la sentencia no contuviera pronunciamiento condenatorio, ¿sería imposible la ejecución forzosa sin otra sentencia de condena?

Aunque así se ha estimado a veces, en aplicación de elementales principios procesales, no tendría sentido obligar el que obtuvo sentencia favorable reconociendo un derecho subjetivo a incoar un nuevo proceso en demanda de una sentencia de condena para hacer efectivo lo que ineludiblemente exige el contenido del derecho. Ha de entenderse implícita en la sentencia que se limita a reconocer una situación jurídica la condena a adoptar cuantos actos, medidas y providencias fuesen necesarios para el restablecimiento del orden jurídico perturbado por el acto impugnado.

Y es que, como regla general, las pretensiones que se formulan en el proceso administrativo, como las que se formulan en el proceso civil, son pretensiones de condena.

A ellas nos referimos a continuación.

VI. PRETENSIONES DE CONDENA

1. Las pretensiones de condena.

La pretensión es de condena cuando lo que se reclama del órgano jurisdiccional es la imposición de una situación jurídica al demandado. Si por ser reconocida por el demandado no se cuestiona la situación jurídica y únicamente se pretende su imposición al mismo, será una pretensión pura de condena; si se cuestionara la situación jurídica, el órgano jurisdiccional deberá pronunciarse primero sobre la situación jurídica y en segundo lugar sobre la prestación que debe realizar el demandado, por lo que será pretensión declarativa o constitutiva y, además, de condena. Por ejemplo, si la administración pública no discute el derecho a determinados haberes de los demandantes, pero no los paga, la pretensión y la sentencia serán de condena; pero si la administración niega el derecho a los haberes, las pretensiones y la sentencia serán constitutivas (reconocimiento del derecho) y de condena (que se haga efectivo).

La sentencia estimatoria de una pretensión de condena, impone al demandado una situación jurídica, la *condena* a unas prestaciones (positivas o

6. *Tratado*, cit. I, p. 455.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

negativas), o a un hacer. No se trata ya de que el demandado respete genéricamente la situación jurídica reconocida en la sentencia; sino de que realice una prestación concreta, positiva o negativa.

Muchas son las modalidades de prestación a que puede ser condenado el demandado en el proceso administrativo, según la función administrativa en cuyo ejercicio se dictó el acto objeto de impugnación. En razón a los efectos ejecutivos de la sentencia (a que después nos referiremos especialmente), ofrece singular importancia la siguiente distinción:

a) Que la prestación haya de realizarse por los particulares.

Aun cuando en un proceso administrativo es parte una administración pública y la petición se dirige frente a un acto de ésta sujeto al Derecho Administrativo, la prestación que, en definitiva, ha de realizarse para restablecer el orden jurídico perturbado puede corresponder a un administrado. A la administración pública que dictó el acto anulado siempre le corresponderá al menos una prestación: la de adoptar las medidas ejecutivas idóneas para que el administrado realice aquello a que viene obligado. Pero es éste, el administrado, el particular, el que ha de ejecutar la prestación.

Los ejemplos son numerosos. Pensemos en la sentencia que condena a ejecutar obras para adecuar un inmueble a la ordenación urbanística, o a la demolición de un inmueble en estado de ruina, o al pago del justiprecio de una expropiación forzosa por razón de interés social de que fue beneficiario un particular. En todos estos supuestos, la persona que ha de realizar la prestación es un particular, no un ente público investido de prerrogativa.

b) Que la prestación hubiera de realizarse por la administración pública.

Las distintas modalidades que puede adoptar la prestación pueden clasificarse en dos grandes grupos, según que consista en la entrega o no en una cantidad de dinero.

a') Condena al pago de una cantidad de dinero.

Las sentencias administrativas acaban frecuentemente en una condena al pago de una cantidad de dinero. Pues, a las dictadas como consecuencia de una pretensión con este objeto, hay que unir las de indemnización cuando no exista otro medio de restaurar el orden jurídico perturbado y las indemnizaciones por responsabilidades en que se incurre en la ejecución de las sentencias.

Y justamente respecto de estas sentencias se plantean las dificultades dimanantes de las prerrogativas de las administraciones públicas en el ámbito presupuestario.

b') Condena a otras prestaciones.

Cuando las prestaciones que hubiere de realizar la administración pública son de naturaleza distinta a las del pago de una cantidad de dinero, las dificultades de su ejecución derivan, más que de prerrogativas legales, de la prepotencia de quien tiene en sus manos los resortes de la fuerza.

Las prestaciones a que puede venir obligada la administración para —en frase de nuestras leyes— el reconocimiento de la situación jurídica individualizada y "el pleno restablecimiento de la misma" son tan variadas que no es posible una clasificación. Pueden ir desde la simple abstención de cualquier actuación obstaculizadora de la actividad declarada legítima por la sentencia, hasta la entrega a un concesionario de la gestión de un servicio público de que fue separado. Quizás, la distinción más importante a efectos prácticos sea entre prestaciones que puedan ser realizadas o no por persona distinta a la administración obligada.

Exponente de la infinita variedad de pretensiones de condena posibles es la redacción propuesta por la Ponencia presentada a la Segunda Comisión de la Reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de Costa Rica a que antes me he referido. La nueva redacción que se propone del artículo 22 por el *profesor Ortiz*, sacrificando la técnica legislativa a fin de reflejar en el texto los supuestos que pueden plantearse, contiene una prolija enumeración de las más importantes y sobre las que la dificultad de admisión por los tribunales puede preverse por la tradición jurisprudencial. Ejemplo expresivo lo constituyen los apartados 2 y 3 de este artículo, tal y como figuran en la propuesta.

Creo, sin embargo, que la casuística de este artículo, como la del artículo 82 al regular los correlativos pronunciamientos de la sentencia es excesiva. No es necesario descender a tanto detalle. Se puede, sin olvidar la técnica legislativa, limitarse a fórmulas más generales, que, sin llegar a lo que constituye una desconfianza en la capacidad del juzgador sean lo suficientemente expresivas para que éste pueda dictar los pronunciamientos y condenar a la administración a realizar todas las prestaciones que exija la satisfacción, no solo de los derechos subjetivos, sino también de los intereses legítimos.

Quizás, el supuesto en que sí parece imprescindible la referencia expresa es el del acto discrecional, tal y como se regula en el inciso primero del

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

número 2 del artículo 22, según la redacción propuesta en la reforma. Aparte, naturalmente, el ya señalado anteriormente, de no limitar el reconocimiento de las situaciones jurídicas individualizadas, a los casos de derechos subjetivos en sentido técnico, sino que debe extenderse a la condena a realizar todo aquello que exija la satisfacción de los intereses legítimos.

2. Eficacia jurídico-material.

Las sentencias de condena no producen efectos directos en la realidad jurídico-material. A diferencia de las constitutivas —que crean, modifican o extinguen una situación jurídica—, las de condena se limitan a imponer una situación jurídica ya existente.

Como antes se ha dicho, las sentencias administrativas estimatorias, por lo general, tienen un doble carácter: son constitutivas, en cuanto crean o modifican las relaciones jurídicas dimanantes del acto administrativo objeto de impugnación; y en cuanto condenan a realizar las prestaciones necesarias para la plena eficacia en la realidad material de la innovación producida en la realidad jurídica son de condena.

3. Efectos procesales ejecutivos.

a) Efectos ejecutivos de las sentencias de condena.

La sentencia que estima una pretensión de condena contiene un mandato al demandado para que realice el contenido de la condena. Si el obligado cumple el mandato, se agota la eficacia de la sentencia; si el obligado la incumple, provoca la actuación de los órganos ejecutivos. La sentencia pasa a ser el título de ejecución, la sentencia legítima la adopción de medidas encaminadas a la plena realización del fallo.

Y llegamos al momento en que se produce la más grave quiebra del Estado de Derecho. No solo en aquellos ordenamientos jurídicos que carecen de una reglamentación adecuada o en los que existe una reserva expresa de la competencia ejecutiva a favor de la administración,[7] sino en aquellos en que se ha llegado a reconocer a los tribunales la potestad de hacer ejecutar lo juzgado sin distinción alguna y, por tanto, frente a la administración pública. Pues a la hora de descender a lo que pueda hacer un juez ante la resistencia de la administración pública a cumplir los fallos, se acaba reconociendo la impotencia del Poder Judicial para lograr que se cumplan sus mandamientos, y todo culmina en la responsabilidad de los titulares de los órganos competentes para realizar aquellas actividades no susceptibles de sustitución a que obliga la condena.

De aquí la importancia del examen en concreto de la proyección ejecutiva de las sentencias, según las modalidades de condena.

b) Condenas a prestaciones que han de realizar los particulares.

En estos supuestos, si la administración no procede a la ejecución forzosa frente al obligado, utilizando en cada caso el medio de ejecución adecuado, debe prescindirse de la intervención de la administración y procederse a la ejecución procesal de la sentencia frente al particular obligado. Podrán seguirse las vías procesales de ejecución previstas en la legislación procesal civil sin especialidad alguna. Bastará con eliminar toda intervención obstaculizadora de la administración —si efectivamente lo es— y acudir a los tribunales para la ejecución del fallo.

Será la parte que obtuvo la sentencia estimatoria la que decidirá el procedimiento a seguir.

Las dificultades surgen cuando es la administración pública la que ha de realizar la prestación que constituye el contenido de la condena. Dependerán en gran medida del tipo de prestación exigido.

c) Condenas al pago de dinero por una entidad pública.

a') Condena al pago de cantidad y ejecución.

Si a lo que condena la sentencia es a dar una cantidad de dinero, su efectividad se conseguirá entregando al que obtuvo la sentencia favorable esa cantidad. La ejecución forzosa tenderá a satisfacer al acreedor con la entrega del dinero. Para ello, será necesario obtener del obligado el dinero o bienes que, una vez enajenados, se traduzcan en dinero. Por esta razón se llama a este tipo de ejecución expropiatoria: para obtener la cantidad de dinero que ha de ser entregada al ejecutante, han de ser expropiados los bienes del ejecutado, y, a través del embargo y, sobre todo, de su realización forzosa, liquidados y convertidos en el dinero que se precisa.[8]

---

7. Una breve referencia a los mismos en mi trabajo, *Derecho Procesal Administrativo Hispanoamericano.* Bogotá, 1985, pp. 384 y s.

8. GUASP, *Derecho Procesal Administrativo*, cit. II, p. 200.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

b') Obstáculos a la ejecución de las condenas al pago de cantidades de dinero.

A la ejecución procesal de las condenas a las entidades públicas a pagar cantidades de dinero, se oponen dos principios consagrados en casi todos los ordenamientos:

1.° La legalidad presupuestaria.

Las administraciones públicas únicamente pueden hacer efectivas las obligaciones de pago dentro de los límites de sus presupuestos respectivos, debidamente aprobados. Firme una sentencia de condena al pago de una cantidad líquida, será exigible de las haciendas públicas; pero su cumplimiento dependerá de que exista partida presupuestaria prevista, con fondos suficientes.

Si no existe (lo que constituirá el supuesto normal) no existirá otra alternativa que esperar a incluir la partida en el primer presupuesto ordinario o la aprobación de un suplemento de crédito. Que no dependerá de los órganos administrativos.

De aquí que los ordenamientos del proceso administrativo traten de garantizar que no se paralice y siga con la debida diligencia la tramitación del correspondiente suplemento de crédito.

Lo que da lugar a que aquellos que han obtenido sentencia favorable, esperen pacientemente a que haya partidas presupuestarias para cobrar el justiprecio, la indemnización, la devolución del importe indebidamente exigido o la certificación de un contrato de obra. Y, naturalmente, quien logrará hacer efectivo el crédito no será el primero en el tiempo. Sino el de mayor influencia, mejor defendido o que utiliza otros medios menos confesables por caer en el ámbito penal. Con lo que se infringe, no solo el derecho a la tutela judicial efectiva, sino el derecho a la igualdad ante la Ley.

2.° La inembargabilidad de los caudales públicos.

El otro principio que obstaculiza la ejecución personal de las sentencias de condena es el que proscribe el embargo y despachar mandamientos de ejecución contra los caudales públicos.

Exista o no partida presupuestaria suficiente, no es posible la ejecución contra los caudales públicos ni el embargo de los bienes de las entidades públicas ni su ulterior realización para convertirles en dinero.

c') Justificación a estas prerrogativas.

Ha llegado a considerarse que tales prerrogativas son incompatibles con el derecho a la tutela judicial efectiva y la atribución a los tribunales y juzgados de la potestad de hacer ejecutar lo juzgado, sin establecer distinción a favor de los entes públicos.[9]

Ha de reconocerse, sin embargo, el incuestionable fundamento de aquellos principios. No se puede, indiscriminadamente, dirigir la ejecución forzosa frente a cualquier tipo de bien de las entidades públicas. No ya respecto de los afectos a un servicio público, sino respecto de los puramente patrimoniales.

Por lo que se ha propuesto como posibles soluciones que la orden de ejecución forzosa, el embargo, el apremio, se ejercitará, no sobre cualquier fondo público, sino sobre el Banco de España o el equivalente de cada Estado, regulador de la tesorería del Estado, consignándose estos pagos contablemente como anticipos de tesorería.[10]

Lo que constituye, en definitiva, dirigir la ejecución forzosa contra caudales públicos, y, por tanto, la supresión de los principios expuestos.

Existe otra solución a que me he referido reiteradamente y que se ha tratado de consagrar en las leyes: la consignación de una partida —suficientemente dotada— destinada exclusivamente a hacer efectivas las condenas de los tribunales, sobre la que pudieran despacharse mandamientos de ejecución.[11]

---

9. En la Memoria del Consejo del Poder Judicial de 1982 (pago 81) se dice que estas prerrogativas "carentes de encaje constitucional, pero de algún modo constituye una grave limitación a la independencia de los Jueces y Tribunales". Me remito a mi trabajo *El derecho a la tutela judicial*, Madrid, 1984, pp. 135 y ss.

10. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Tratado de Derecho Administrativo*, 2ª ed., Madrid 1981, II, pp. 563 y ss; MARTÍN REBOLLO, *La responsabilidad patrimonial de la administración en el panorama europeo*, REDA, 1980, pp. 31 y ss; CANO MATA, *Ejecución judicial de sentencias contencioso-administrativas. El embargo a la administración, como manifestación del principio de tutela judicial efectiva*, RAD, Nº 103, pp. 42 y s.

11. Así, en *El Proceso Administrativo y la Constitución*, incluido como estudio preliminar en mis *Comentarios a la LJ*, Madrid, 1978, pp. 96 y s.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

d') Las dificultades reales de la efectividad de las condenas al pago de cantidades líquidas.

Pero la dificultad, mejor, la imposibilidad de que las sentencias de condena al pago de cantidades líquidas se hagan efectivas frente a la administración radica en causas muy distintas.

Y no son otras que la asunción por el Estado de fines que exceden con mucho sus posibilidades reales. Asume la ejecución de obras, realiza prestaciones, organiza servicios sin contar con medios suficientes.

Si no le es posible consignar partidas suficientes para las necesidades reales presupuestadas, ¿cómo va a poder consignar en la cuantía realmente exigida una fabulosa partida para responder de las hipotéticas condenas de los tribunales que se produzcan durante el ejercicio?

Y ¿cuáles serían las consecuencias a la economía nacional si se admitiera la ejecución sobre el banco regulador de la tesorería del Estado?

No nos engañemos. La mayoría de los Estados se encuentran en un estado tal de insolvencia, que podríamos calificarle de quiebra. Y de quiebra fraudulenta.

Pues bien, ante estas situaciones de insolvencia, no son válidos los procesos de ejecución singular. Sino los procesos de ejecución colectiva. Único modo de evitar la tremenda desigualdad que supone que algunos, los más avisados o con menos escrúpulos, hagan efectivo en su totalidad en plazos más que razonables sus créditos, mientras otros no los harán efectivos jamás, o después de muchos años de insistencia, paciencia y resignación.

Esta es la razón de que en tanto subsista la política de muchos Estados, por mucho que nos esforcemos en arbitrar fórmulas legales encaminadas a reforzar las potestades de los tribunales en los procesos de ejecución singular, no será posible la tutela judicial efectiva ni respetar el principio de igualdad ante la Ley.

e') La ejecución de condenas al pago de dinero y la reforma de Ley española.

No obstante las dificultades, se sigue intentando que las regulaciones sobre el proceso administrativo consagren fórmulas más eficaces para garantizar la ejecución de las sentencias.

Como sabéis, como consecuencia de la entrada en vigor de la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial en España, está corriendo el plazo de un año para que el Gobierno remita a las Cortes un proyecto de nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Con este motivo, se han ido elaborando distintos anteproyectos de ley, en los que se trata de facilitar la ejecución. En el último de los anteproyectos elaborados, al menos, el último que ya conozco, en uno de sus artículos (el 101) aparecen estas medidas:

1.ª Que en los presupuestos de todas las administraciones públicas figure necesariamente una partida de gastos para la ejecución de sentencias definitivas y ejecutorias de los tribunales contenciosos administrativos cuando el contenido sea patrimonial.

2.ª Que la sentencia equivaldrá a todos los efectos a la orden del pago correspondiente, según la Ley General Presupuestaria.

3.ª Que las partidas presupuestarias tendrán la condición de automáticamente ampliables en función de la cuantía de la sentencia, con cargo a las mismas.

4.ª Que en todo caso se abonarán al reclamante desde el día en que nació el derecho a ser pagado hasta aquel en que el pago se haga efectivo. Estos intereses se calcularán al interés del Banco de España.

Salvo la última, dudo mucho que lleguen a obtener la sanción legislativa estas revolucionarias medidas. Y creo que algunas son más que discutibles. Como esa ampliación automática de las partidas presupuestarias. La única medida que ofrece ciertas garantías sería la primera si realmente fuese vinculante para el Parlamento y si se estableciera cómo debería cuantificarse la partida de gastos en relación con el importe total del presupuesto.

f') La ejecución en la reforma de la Ley de Costa Rica.

En la reforma del artículo 23 de vuestra Ley que se propone en la Ponencia del *profesor Ortiz,* trata de dejarse abierta la vía de la ejecución forzosa, en los siguientes términos (apartado 3):

> "Podrán embargarse y rematarse, dentro de la vía ejecutiva contra la administración, todos sus bienes de Derecho Privado que no sean indispensables, ni estén específicamente adaptados al cumplimiento de un fin público determinado a su cargo, en el momento en que se notifica su embargo. Se entienden comprendidos en este concepto los fondos pecuniarios, las cuentas corrientes y los valores documentales de la administración que no estén afectados a un fin específico por Ley o acto administrativo eficaz".

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Respecto de esta reforma me permito señalar:

—Que considero muy discutible la oportunidad de privar a los bienes de los entes públicos de esta prerrogativa, aunque "no sean indispensables, ni estén específicamente adaptados, al cumplimiento de un fin público determinado a su cargo".

—Que, aun cuando se admitiera, ante la situación económica de los entes públicos provocada por una política de asumir fines para los que carecen de medios, muy pronto les veríamos totalmente privados de estos bienes patrimoniales, haciéndoles imposible la normal prestación de los servicios públicos.

—Que, como después se señala, ante la pluralidad de acreedores, la ejecución singular conduciría a situaciones de manifiesta desigualdad en contra del administrado menos diligente o peor defendido.

d) Condenas a la entrega de cosas.

a') Condena a la entrega de cosas y ejecución.

Si la sentencia condena a la entrega, no de dinero, sino de cosa distinta, la ejecución se concretará en la dación de una cosa específica. Las actuaciones procesales de esta ejecución, que la doctrina procesal denomina satisfactiva, se dirigirán a entregar la cosa determinada en la sentencia. Lo que exigirá el apoderamiento de la cosa por el órgano jurisdiccional y su entrega al ejecutante.[12]

La ejecución forzosa no puede ser más simple y sencilla: una vez localizada la cosa, se procederá a poner al demandante en la posesión de la misma, practicando a este fin las diligencias que solicite.

b') La ejecución satisfactiva frente a la administración pública.

El hecho de que la cosa, mueble o inmueble, se encuentre en poder de un ente público no constituye razón suficiente para alterar el régimen general de la ejecución satisfactiva, tal y como se regula en las leyes procesales civiles.

Si la administración pública no pone al demandante en la inmediata posesión de la cosa, lo hará el órgano jurisdiccional.

Las leyes procesales administrativas —así la LJ española, artículo 107—,[13] al regular la imposibilidad de ejecutar la sentencia, no se refiere tan sólo a la imposibilidad material —desaparición física de la cosa, destrucción del inmueble— sino a "imposibilidad legal". Por tanto, cuando una modificación operada de conformidad a la ley hiciere imposible la recuperación de la cosa por un particular, se transformaría la entrega en el pago de una cantidad de dinero. Por ejemplo, si expropiada una parcela urbana, se ha convertido después de los correspondientes procedimientos y ejecuciones materiales en una plaza o calle pública. No tendría sentido restituir al expropiado la cosa, alterando toda la red viaria de un planteamiento urbanístico.

Pero, salvo los supuestos de imposibilidad legal, ha de rechazarse cualquier obstáculo a la ejecución procesal. El juez tiene plenas potestades para adoptar cuantas medidas y diligencias fuesen necesarias para vencer las resistencias que surjan para poner al demandante en posesión de la cosa. La fuerza pública deberá asistir al juez y actuar bajo sus órdenes.

Aquí, las dificultades de la ejecución no son legales. No dimanan de prerrogativas que el Ordenamiento reconozca a los entes públicos. Sino de situaciones de hecho. Pues, como antes decíamos, en definitiva estas fuerzas de seguridad que constituyen el instrumento para ejercer la coacción necesaria para cumplir los mandatos judiciales son del Ejecutivo, que es el obligado a la ejecución.

En épocas de falta de autoridad no es infrecuente que no se empleen los resortes que tienen el poder para vencer resistencias, incluso de particulares que no se resisten a desalojar un bien ocupado en cumplimiento de un acto administrativo que ha sido anulado por la jurisdicción. Y no solo porque el Ejecutivo se resista a los mandatos judiciales. Sino porque los propios jueces no se atreven a adoptar las órdenes precisas.

c') Las medidas de ejecución con la reforma de la Ley española.

En España el anteproyecto de ley a que antes me he referido, trata de superar las dificultades señaladas con medidas que podrían ser aplicables también a la ejecución transformativa, a que después aludiremos.

---

12. GUASP, *Derecho Procesal Civil*, cit. II, pp. 223 y ss.

13. Cfr. comentario al art. 107 en mis *Comentarios a la LJ*, cit.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Estas medidas son:

1.ª Reconocer al tribunal potestad para ejecutar la sentencia a través de sus propios medios o requiriendo la colaboración de los agentes de la administración (art. 103). Se trata de reducir todo lo posible los supuestos en que haya de acudir a los agentes de la administración. Pero, desgraciadamente, será el supuesto más frecuente. Pues los medios de que disponen los tribunales no son los más idóneos para vencer las resistencias de los órganos del Ejecutivo.

2.ª Si el tribunal requiere la colaboración de los agentes de la administración, estos "no podrán excusarse de ello bajo ningún precepto". Y si concurriesen circunstancias que impidieran la colaboración, el superior jerárquico del obligado lo expondrá al tribunal, dentro de los 5 días siguientes al requerimiento, con expresión de los medios sustitutorios que estime procedentes, a fin de previa audiencia de las partes, adoptar la resolución que proceda.

Pero al final se acaba siempre en lo mismo: responsabilidad civil y criminal. Responsabilidad criminal que, si se exigiera debidamente, podría ser enormemente eficaz. El problema radica en que apenas sí se utiliza. Se ha llegado a calificar de "burla nacional" la norma que obliga a dedicar tanto de culpa al tribunal del orden penal. Esto explica que en el anteproyecto de reforma de la Ley española a que me he referido, se trate de reforzar la automaticidad de la medida en los siguientes términos (art. 105,3):

> "Transcurridos los plazos fijados por el Tribunal sin que se hubiese ejecutado por el órgano competente la actividad requerida, se apercibirá a sus titulares para que procedan a su inmediato cumplimiento y, si transcurriesen cinco días desde el apercibimiento sin haberlo efectuado, se deducirá el tanto de culpa que correspondiese y se remitirá al día siguiente al Tribunal competente".

e) Condena a una conducta distinta.

a') Condena a una conducta distinta de dar y ejecución.

Si la sentencia condena a hacer algo distinto a la consistente en dar (dinero u otra cosa), la ejecución se concretará en la realización de la conducta a que se condenó al demandado.

Las actuaciones procesales de esta ejecución que la doctrina procesal denomina transformativa no tratarán de conseguir que se entregue algo al ejecutante, sino algo distinto al dar; no se limitará al acto aislado de una dación o entrega, sino que supone o puede suponer conducta más extensa transformadora de la realidad material.[14]

El pleno restablecimiento y reconocimiento de la situación jurídica individualizada reconocida en la sentencia (en términos del art. 62, a) de la Ley de Costa Rica de 1966 y del art. 84,b) de la Ley española de 1956), puede exigir la realización de algo distinto a la entrega de dinero o de una cosa específica. Muchas y varias son las conductas físicas posibles a que puede venir obligada la administración pública y a cuya realización tiende la ejecución. Pero pueden reconducirse a dos grupos, según que consista en deshacer o hacer algo.

b') Condena a deshacer.

Si como consecuencia del acto administrativo anulado por la sentencia se hubiere ejecutado materialmente algo que contraviniere el Ordenamiento Jurídico, el restablecimiento de la situación jurídica anterior obligará a deshacer lo indebidamente hecho. Asimismo, si la sentencia hubiera condenado a no hacer algo y el condenado lo hiciere, la ejecución se concretará en deshacer lo hecho. Sin embargo, en el Derecho español existe un precepto en la Ley de Enjuiciamiento Civil que parece impedir al juez la destrucción material: el artículo 925, que dispone que "si el condenado no hace alguna cosa quebrantare la sentencia, se entenderá que opta por el resarcimiento de perjuicios, los que se indemnizarán al que hubiera obtenido la ejecutoria". Al comentar este artículo, se ha dicho que la Ley adopta un criterio desacertado, puesto que ningún inconveniente habría de autorizar al juez a la destrucción material de lo indebidamente hecho, cuando el título de ejecución así lo establece.[15]

Realmente, no existe inconveniente alguno en que el juez administrativo pueda, en ejercicio de sus potestades, proceder a que se deshaga lo indebidamente hecho, a través de los agentes que estime

14. GUASP, *Derecho Procesal Civil*, cit. II. pp. 230 y ss.

15. Así, GUASP, *Derecho Procesal Civil*, cit. II, p. 236.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

oportuno, si no lo hace voluntariamente la administración pública condenada, a costa de ésta. Por lo que la ejecución transformativa se convertiría en una ejecución expropiativa. Como también se produciría esta transformación en los casos de imposibilidad legal de ejecución material.

La jurisprudencia española ha incluido en este supuesto el de modificación legislativa, pues sería absurdo deshacer algo que puede volver a hacerse a tenor de la nueva normativa.

c') Condena a hacer.

Se impone la distinción entre dos subgrupos distintos, según que el hacer a cargo de la administración condenada lo tenga que hacer ella exclusivamente, por no ser jurídica o económicamente igual que lo haga otra persona, o que, por no darse estas circunstancias, pueda hacerlo cualquiera.

a") Si se trata de hacer algo que sólo puede hacerse por la administración, y no cabe la ejecución subsidiaria, en el proceso administrativo, no se reducen las posibilidades ejecutivas a sustituir la prestación por la indemnización de daños y perjuicios. Pues, como antes señalamos, en caso de incumplimiento dentro de los plazos fijados y del apercibimiento, se prevé se deduzca el tanto de culpa frente al titular del órgano responsable.

Últimamente, en el proceso civil se está imponiendo una medida que hace tiempo fue propuesta por la doctrina para el proceso administrativo como una de las más eficaces para el complemento de las condenas a hacer algo en que no se pueda sustituir a la administración: la multa coercitiva al titular del órgano.

Sin embargo, no está entre las innovaciones del anteproyecto de la nueva Ley española de la Jurisdicción.

b") Si se trata de hacer algo en que es posible la sustitución, no hay razón alguna para privar al juez de la plenitud de potestades para hacer ejecutar lo juzgado.

Si la administración condenada no realiza aquello a que viene obligada para el pleno restablecimiento de la situación jurídica perturbada, "se hará a su costa", dice la Ley de Enjuiciamiento Civil española (art. 924). El tribunal adoptará las medidas que sean necesarias para que se realice a costa de la administración.

Una vez más, se acaba en la ejecución expropiativa, por lo que ésta constituye la ejecución ordinaria. La obligación de hacer transforma en obligación de indemnizar.

VII. EPÍLOGO

He tratado de ofreceros un resumen de los problemas que plantea la regulación del proceso administrativo en uno de los aspectos de mayor trascendencia para que pueda hablarse de una tutela jurisdiccional efectiva. Y, por tanto, uno en los que la regulación actual resulta más afectada por la reforma que estáis estudiando.

Pero no hay que esperar demasiado de las reformas legislativas. Pues es incuestionable que hemos llegado a unas regulaciones del proceso administrativo que, rectamente interpretadas y aplicadas, conferirían al administrado una efectiva tutela jurisdiccional.

Si en la realidad no es así, no es por defecto de las instituciones procesales, ni por las prerrogativas que todavía ostentan las administraciones públicas. Las causas son muy distintas. Y no son ni mucho menos las más importantes el abuso de esas prerrogativas, la arbitrariedad de los políticos y la falta de decisión de los jueces al no ejercer hasta sus últimas consecuencias las potestades que les reconoce la ley.

La causa última de la quiebra de la tutela jurisdiccional efectiva no es otra que la de la falta de medios económicos de unos Estados en verdadera situación de quiebra. Que es como se encuentran la inmensa mayoría. Lo que les impide dotar a la administración de justicia de los elementos necesarios para superar la desesperante lentitud de los procesos, y poder cumplir las condenas al pago de dinero, en que acaban la inmensa mayoría de las ejecuciones.

No sé si habréis observado cómo acaban los Congresos, Encuentros o Asambleas que se celebran en los más distintos sectores: pidiendo al Estado una mayor atención presupuestaria. Si es sobre

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

comunicaciones y transportes, se piden mejores carreteras, o aeropuertos, o ferrocarriles. Si es sobre educación, pidiendo más universidades y escuelas, laboratorios mejor dotados, profesores mejor pagados. Si es sobre sanidad, lo que se pide es más y mejores hospitales, con todas las conquistas de la técnica moderna, con más camas, con más personal sanitario preparado.

Pero los Estados tienen unos medios limitados. No pueden hacer todo lo que se les demanda. No todo lo que quieran los políticos. Por lo que se impone la sensatez y la prudencia al asumir fines y funciones, y la máxima austeridad en la gestión.

No quiere esto decir que debamos renunciar a todo esfuerzo dirigido a perfeccionar nuestros procesos administrativos. Pues por alto que sea el nivel alcanzado por nuestras leyes, siempre será posible dar un paso más en esta lucha por garantizar la sumisión de la administración pública al Derecho en que estamos empeñados.

* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

LOS DIVERSOS TIPOS DE ACCIONES Y RECURSOS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS EN VENEZUELA

ALLAN R. BREWER-CARÍAS*

I. INTRODUCCIÓN

La jurisdicción contencioso-administrativa en Venezuela tiene su fundamento en el artículo 206 de la Constitución de 1961, el cual dispone lo siguiente:

> ". . .Los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la administración; y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa".

Esta norma, sin duda, definió la jurisdicción contencioso-administrativa con una amplitud considerable y comparativamente más completa que la que para el momento tenían los modelos europeos, y que había seguido la jurisprudencia.

En efecto, en ausencia de una norma tan expresa y amplia, y con base en las muy escuetas normas constitucionales del texto fundamental de 1953, la antigua Corte Federal que funcionó hasta 1961 y luego, la Corte Suprema de Justicia, fueron definiendo jurisprudencialmente los contornos de la jurisdicción contencioso-administrativa que ejercía básicamente, y en única instancia el Supremo Tribunal, conforme al clásico esquema francés de la división entre un contencioso-administrativo de anulación y un contencioso-administrativo de plena jurisdicción, según el tipo de pretensiones que se formularan en la acción o el recurso.

Conforme a este esquema, el contencioso-administrativo de anulación se concebía como un proceso objetivo contra un acto administrativo, en el cual la pretensión procesal del recurrente se limitaba a la anulación del acto administrativo impugnado, y la decisión del juez sólo tenía por objeto el control de la legalidad del acto, pronunciando o no su anulación, y nada más. La legitimación activa para intentar el recurso de anulación correspondía a quien tuviera, al menos, un interés personal, legítimo y directo, pudiendo intentarlo también quien tuviera un derecho subjetivo lesionado por el acto recurrido.

En cuanto al contencioso-administrativo de plena jurisdicción, se concebía como un proceso subjetivo en el cual se entablaba una verdadera litis contra una persona jurídica de derecho público, y en la cual la pretensión procesal del demandante era amplia en el sentido de que podía buscar la condena del ente demandado y además la anulación de actos administrativos. El contencioso de plena jurisdicción era así el contencioso de las demandas contra la República y otras personas jurídicas de Derecho público, y se reducía básicamente al contencioso contractual y al de la responsabilidad extracontractual, pudiendo el juez, además de decidir sobre la nulidad de un acto administrativo, si esto se le solicitaba, condenar al ente público al pago de

* *Director del Instituto de Derecho Público. Universidad Central de Venezuela. Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Cambridge, Inglaterra (1985-1986).*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la administración, y en general, adoptar todo pronunciamiento, útil para restablecer las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa. Tratándose de demandas contra los entes públicos, la legitimación del demandante correspondía al titular de un derecho subjetivo cuyo restablecimiento conformaba el nódulo de su pretensión.

Bajo este esquema, que la doctrina nacional[1] y nosotros mismos expusimos hace más de veinte años,[2] el interés legítimo, personal y directo para configurar la legitimación activa en el recurso de anulación se concebía sólo como una situación jurídica *procesal* para pedir la anulación de un acto administrativo, y no como una situación jurídica subjetiva de carácter sustantivo. Por tanto, el interés legítimo, personal y directo, como situación jurídica adjetiva, en principio, no era resarcible, siendo sólo jurídicamente resarcible la lesión al derecho subjetivo, a través de las acciones de plena jurisdicción.

Puede decirse que este esquema del contencioso-administrativo, aun cuando no aprovechaba todas las posibilidades de protección de los particulares frente a la administración que contenía el fundamento constitucional de la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 206), fue el que desarrolló la jurisprudencia nacional, particularmente hasta hace diez años, cuando se dictó la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976,[3] la cual sentó nuevas bases en Derecho positivo para la ampliación del contencioso-administrativo como medio de protección de los particulares frente a las conductas de la administración, lo cual fue advertido rápidamente por la doctrina nacional,[4] y en algunos aspectos comienza a derivarse de la jurisprudencia.

En efecto, con base en el artículo 206 de la Constitución y al contenido de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976 que regula transitoriamente el proceso contencioso-administrativo, puede decirse que el esquema tradicional del contencioso-administrativo en su clásica división de contencioso de anulación y contencioso de plena jurisdicción ha quedado superado,[5] y por ejemplo, en su lugar, como lo ha señalado Hildegard Rondón de Sansó, podrían distinguirse ahora tres tipos de acciones contencioso-administrativas: acciones de impugnación de actos administrativos unilaterales o bilaterales, que conducen a la anulación de los mismos como consecuencia del control de legalidad; acciones de condena, de prestación o declarativas de condena, particularmente en materia de responsabilidad contractual y extracontractual y de restablecimiento de situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa, que conducen a decisiones del juez de dar, hacer o no hacer frente a la administración; y acciones declarativas tendientes al reconocimiento o protección de un derecho subjetivo o a la interpretación de una situación jurídica o una norma.[6]

Pero en realidad, analizado con detenimiento el sistema contencioso-administrativo en nuestro país, con base en el artículo 206 de la Constitución, a las regulaciones de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976 y a los criterios jurisprudenciales sentados en los últimos diez años, creemos que el contencioso-administrativo, como instrumento procesal de protección de los particulares frente a la autoridad pública, se ha ampliado aún más, pudiendo distinguirse cuatro tipos de acciones y recursos contencioso-administrativos: en primer lugar, el contencioso de los actos administrativos; en segundo lugar, el contencioso de las demandas contra los entes públicos; en tercer lugar, el contencioso de las

---

1. Eloy Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo*, Caracas 1970, p. 570 y sigs.; A. Moles Caubet, *"Rasgos generales de la jurisdicción contencioso-administrativa"*, en Instituto de Derecho Público, *El control jurisdiccional de los poderes públicos en Venezuela*, Caracas 1979, págs. 67-77; Nelson Rodríguez García, *El sistema contencioso-administrativo venezolano y la jurisdicción contencioso-administrativa*, Valencia 1982.

2. Allan R. Brewer-Carías, *Las instituciones fundamentales del Derecho Administrativo y la jurisprudencia venezolana*, Caracas 1964, págs. 293-440.

3. *Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia*, **Gaceta Oficial Nº 1.893 Extra. de 30-7-76.**

4. Gonzalo Pérez Luciani, *"Los recursos contencioso-administrativos en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia"*, en Instituto de Derecho Público, **El control jurisdiccional. . .**, *cit.*, págs. 135-148; Gonzalo Pérez Luciani *"El sistema contencioso-administrativo y el procedimiento administrativo"*, en A. Moles Caubet y otros, **Contencioso-administrativo en Venezuela**, Caracas 1981, págs. 60-61.

5. Cfr. Allan R. Brewer-Carías, *Instituciones políticas y constitucionales*, 2.a edición, Caracas-San Cristóbal 1985, tomo 2, págs. 639 y sigs.

6. H. Rondón de Sansó, *"Medios de proceder por la vía contencioso-administrativa"* en A. Moles y otros, **Contencioso-administrativo. . .**, *cit.*, págs. 110-123.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

conductas omisivas de la administración; y en cuarto lugar el contencioso de la interpretación.[7] Las pretensiones procesales varían en cada uno de esos tipos de contencioso, y por supuesto, también varían las reglas de procedimiento aplicables a los diversos tipos de acciones o recursos, incluso las relativas a la legitimación activa. Nuestro objetivo en estos comentarios es establecer las características generales de esas cuatro clases de procesos contencioso-administrativos.

II. EL PROCESO CONTENCIOSO CONTRA LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

La característica fundamental del proceso contencioso-administrativo de los actos administrativos, es que el objeto de las acciones y recursos que lo inician, siempre es un acto administrativo, y en ellos siempre existe una pretensión de anulación de los mismos. Sin embargo, hablamos del "contencioso de los actos administrativos" y no del contencioso de anulación, pues si bien siempre debe haber una pretensión de anulación de los actos, el proceso *no se agota* en dicha anulación, y las acciones y recursos pueden contener otras pretensiones procesales de condena adicionales y anexas a la pretensión de anulación del acto administrativo, conforme se establece en el artículo 206 de la Constitución y en el artículo 131 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

En todo caso, y aun cuando puedan formularse pretensiones de condena anexas a las pretensiones de anulación de un acto administrativo, el contencioso de los actos administrativos se concibe como un *proceso objetivo,* en el cual el objeto principal del mismo es un acto administrativo. Por tanto, el contencioso de los actos administrativos no sigue el esquema procesal del proceso ordinario en el cual el establecimiento de una litis entre demandante y demandado es esencial, con todas sus secuelas de citación y litis contestación. Siendo un proceso objetivo, el contencioso de los actos administrativos es un juicio contra un acto administrativo, en el cual se solicita del juez declare su nulidad y en su caso, pronuncie las decisiones de condena que se pretenden como consecuencia de la anulación. Por tanto, en el contencioso de los actos administrativos no se demanda ni a las personas jurídicas de Derecho público que dictaron el acto recurrido, ni a los posibles beneficiarios de dicho acto. Solo se impugna el acto, y como consecuencia del mismo, se pueden solicitar pretensiones de condena contra dichas personas, de Derecho público u otros entes que hayan dictado el acto. Por tanto, en el contencioso de los actos administrativos no hay demandante ni demandado, sólo hay impugnantes del acto recurrido y defensores del mismo, pudiendo hacerse parte en el proceso todos aquellos que ostenten un derecho subjetivo o un interés personal, legítimo y directo similar al que ostente el recurrente.[8]

Sin embargo, debe mencionarse que a pesar de que el contencioso de los actos administrativos sea un proceso objetivo, al acto, y que los recurrentes aparezcan en el proceso como defensores del interés general vulnerado por una actuación administrativa, el recurso para intentarlo es un recurso "subjetivo" pues como lo ha señalado la Corte Suprema, "se protege la integridad de la norma sólo en función de las situaciones jurídicas subjetivas igualmente alteradas".[9]

En todo caso, en ausencia de demandante, en el contencioso de los actos administrativos como proceso objetivo tampoco hay demandados, y por tanto, no hay citación ni litis contestación. El juez lo que debe hacer en el auto de admisión del recurso, es disponer la notificación del Fiscal General de la República y cuando junto con la anulación se formule una pretensión de condena, debe notificar al Pro-

7. Cfr. Allan R. Brewer-Carías, *Instituciones políticas y constitucionales, cit.*, tomo 2, págs. 660-678.

8. Artículo 137, LOCSJ.

9. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa de 3-10-85 (consultada en original).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

curador General de la República[10] o al representante del ente público correspondiente, si se trata de un acto administrativo de una entidad territorial o autónoma. Además, el juez debe emplazar a los interesados tanto en la defensa como en la impugnación del acto recurrido, mediante carteles para que se hagan parte en el juicio,[11] en un lapso de tiempo, siendo necesario para hacerse parte en el juicio reunir las mismas condiciones exigidas para el accionante o recurrente.[12] Éste, si se trata de la impugnación de actos administrativos de efectos generales puede ser toda persona plenamente capaz alegando un simple interés, aun cuando calificado,[13] o si se trata de la impugnación de actos administrativos de efectos particulares, debe ser el titular de al menos un interés personal, legítimo y directo.[14] En ambos casos, sin embargo, también está legitimado para intentar el recurso contencioso-administrativo, el Fiscal General de la República.[15]

Por tanto, el procedimiento en el contencioso de los actos administrativos, aun cuando es de carácter contencioso, es de carácter objetivo, por lo que se le reconocen al juez una serie de poderes inquisitivos incluso para solicitar informaciones y hacer evacuar pruebas de oficio,[16] e incluso para continuar el proceso contra un acto administrativo, a pesar del desistimiento del recurrente, cuando el acto recurrido viole normas de orden público.[17]

Hemos dicho que el recurso, en el contencioso de los actos administrativos además de pretensiones de anulación puede contener pretensiones de condena, lo cual conlleva a que el contencioso de los actos administrativos actualmente se clasifique en tres clases: el contencioso de anulación; el contencioso de anulación y condena; y el contencioso de anulación y amparo.

1. El contencioso de anulación de los actos administrativos.

El contencioso de anulación de los actos administrativos se configura cuando la *pretensión única* del recurso es la anulación de un acto administrativo. El proceso contencioso-administrativo en este caso tiene regulaciones adjetivas diferentes según el objeto del recurso, y se trate de la anulación de un acto administrativo de efectos generales, de un acto administrativo de efectos particulares, o de un acto administrativo bilateral (contrato administrativo).

Ha habido discusión en torno a los criterios de distinción entre los actos administrativos de efectos generales y los actos administrativos de efectos particulares que adoptó la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia para regular los procedimientos.[18] Sin embargo, dada la naturaleza diferente de dicha regulación, es evidente que el criterio que tuvo en mente el legislador, a pesar de la falta de uniformidad de la terminología empleada, está referido al carácter normativo o no normativo de los actos recurridos. Así, los actos administrativos de efectos generales son los actos normativos, cuyos destinatarios son indeterminados e indeterminables; en cambio, los actos administrativos de efectos particulares, son los que no tienen carácter normativo, y cuyos destinatarios o es un sujeto de derecho (acto

10. Arts. 116 y 125 de la LOCSJ. Conforme a estas normas, la notificación al Procurador General de la República la decide de oficio el juez, de acuerdo con la naturaleza de la pretensión contenida en el recurso.
11. Arts. 116 y 125, LOCSJ.
12. Art. 137, LOCSJ.
13. Art. 112, LOCSJ.
14. Art. 121, LOCSJ.
15. Arts. 112, 116 y 121, LOCSJ.
16. Art. 129, LOCSJ.
17. Art. 87, LOCSJ.
18. J. G. Andueza, *"El control de la constitucionalidad y el contencioso-administrativo"* en A. Moles Caubet y otros, **Contencioso-Administrativo. . .**, *cit.*, págs. 66 y sigs.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

individual) o una pluralidad de ellos, pero determinados o determinables (acto general).[19] Este criterio de distinción es el único congruente con la diferencia procedimental establecida en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia entre los "juicios de nulidad de los actos de efectos generales" y los "juicios de nulidad de los actos administrativos de efectos particulares".[20]

a) La acción popular y el contencioso de anulación de los actos administrativos de efectos generales.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 112 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia:

> "Toda persona natural o jurídica plenamente capaz, que sea afectada en sus derechos o intereses, por ley, reglamento, ordenanza u otro acto de efectos generales emanado de alguno de los cuerpos deliberantes nacionales, estatales o municipales o del Poder Ejecutivo Nacional, puede demandar la nulidad del mismo, ante la Corte, por razones de inconstitucionalidad o de ilegalidad. . . ".

Mediante este artículo, la Ley Orgánica de 1976 reguló en igual forma, el procedimiento de impugnación de leyes nacionales, estatales o municipales (ordenanzas) que se inicia mediante el denominado recurso o acción de inconstitucionalidad, y el de impugnación de reglamentos y demás actos administrativos de carácter normativo o de efectos generales, los cuales tradicionalmente y con antecedentes desde mitades del siglo pasado, pueden ser impugnados por vía de acción directa ante la Corte Suprema de Justicia y los demás Tribunales Contencioso-Administrativos,[21] configurándose el recurso como una acción popular.

De acuerdo con el régimen anterior a la Ley de 1976, para intentar el recurso de inconstitucionalidad de leyes o el recurso de inconstitucionalidad e ilegalidad de reglamentos y actos administrativos de efectos generales no se requería condición especial alguna, por lo que la legitimación correspondía a todo habitante de la República con base en el simple interés en la constitucionalidad y legalidad que tenían. La acción popular había sido definida por la jurisprudencia, como la que "corresponde a todos y cada uno de los individuos que componen un conglomerado, para impugnar la validez de un acto del Poder Público que, por tener un carácter normativo y general, obra *erga omnes*, y por tanto, su vigencia afecta e interesa a todos por igual".[22] En estos casos de impugnación de actos normativos, decía la Corte, estos "pueden ser impugnados por la vía de la acción popular, ejercida libremente por cualquier ciudadano que se encuentre en el pleno goce de sus derechos, esto es, que tenga capacidad procesal" invocando simplemente "el derecho que tiene todo ciudadano a que la administración respete la legalidad".[23] En este caso, agregaba la Corte, "la acción que se da. . . a cualquiera del pueblo (de allí su denominación) está dirigida a la defensa de un interés público que es a la vez simple interés del accionante quien por esta sola razón, no requiere estar investido de un interés jurídico diferencial o legítimo".[24]

Ahora bien, la Ley Orgánica de 1976, como se ha visto, ha exigido que el recurrente contra un acto administrativo de efectos generales, sea "afectado en sus derechos o intereses" por el acto recurrido,[25] mención de la Ley que podría provocar dudas en

---

19. Allan R. Brewer-Carías, *El control de la constitucionalidad de los actos estatales*, Caracas 1977, págs. 7-10; y "El recurso contencioso-administrativo, contra los actos de efectos particulares" en Instituto de Derecho Público, **El control jurisdiccional. . .** *cit.*, páginas 173-174.

20. Secciones 2ª. y 3ª. del Capítulo II, del Título V, LOCSJ.

21. Art. 112 y arts. 181 y 185 de las Disposiciones Transitorias, LOCSJ.

22. Véase la *sentencia de la antigua Corte Federal de 14-3-60* en **Gaceta Forense Nº 27,** 1960, págs. 127-132 y la *sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa de 18-2-71* en **Gaceta Oficial Nº 1.472 Extra. de 11-6-71.** Véanse en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1940-1975 y Estudios de Derecho Administrativo*, tomo V, vol 1, Caracas 1978, págs. 209-304.

23. Véase la *sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa de 6-2-64* en **Gaceta Oficial Nº 27.373 de 21-2-64**. Véanse en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia. . ., cit*, tomo V, vol I, pág. 296.

24. Véase la *sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa de 18-2-71* en **Gaceta Oficial Nº 1.472 Extra. de 11-6-71**, y la *sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa de 21-11-74* en **Gaceta Oficial Nº 30.594 de 10-1-75**. Véanse en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia. . ., cit.*, tomo V, vol. I, págs. 304 y 314.

25. Art. 112, LOCSJ.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

torno a la supervivencia de la acción popular y a su posible eliminación en el país.[26] Sin embargo, ya ha quedado dilucidado por la propia jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que la exigencia de que el acto administrativo de efectos generales, para ser recurrido en vía contencioso-administrativa (al igual que la Ley mediante el recurso de inconstitucionalidad) deba afectar los derechos e intereses del recurrente, no ha significado en modo alguno la eliminación de la acción popular, ni el establecimiento de una especial legitimación activa para interponerla, referida a la protección o defensa de derechos subjetivos o intereses legítimos de ciudadanos en particular. Su objeto, ha dicho la Corte Suprema, es "la defensa objetiva de la majestad de la Constitución y su supremacía", y si bien la Ley Orgánica exige que la persona que ejerza el recurso sea afectada en sus derechos o intereses ello se ha considerado como "de interpretación rigurosamente restrictiva", concluyendo la Corte en que cuando se ejerce el recurso de anulación contra los actos administrativos de efectos generales, *"debe presumirse,* al menos relativamente, que el acto de efectos generales recurrido *en alguna forma* afecta los derechos o intereses del recurrente en su condición de ciudadano venezolano, salvo que del contexto del recurso aparezca manifiestamente lo contrario".[27]

Sin embargo, y a pesar de esta amplitud de interpretación establecida por la Corte Suprema para insistir en la popularidad de la acción, es evidente que conforme al texto claro de la Ley Orgánica puede admitirse que sin dejar de ser una acción popular, el simple interés requerido para que se abra la legitimación activa para intentarla se ha "calificado", restringiéndose razonablemente la amplitud del recurso, al exigirse que el acto de efectos generales afecte en alguna forma los derechos o intereses del recurrente.[28] En esta forma, por ejemplo, si bien una persona residente o domiciliada o con bienes situados en una municipalidad podría en cualquier tiempo intentar la acción popular contra los reglamentos dictados por el concejo municipal, pues podría presumirse que en alguna forma afectan sus derechos o intereses, no podría decirse lo mismo respecto de los reglamentos dictados en otra municipalidad, situada en el otro extremo del país, y con la cual el recurrente, no tenga ni haya tenido relación alguna. En este caso, sería manifiesta la no lesión en forma alguna de los derechos de intereses del recurrente, por lo cual no procedería la "presunción" establecida por la Corte para la admisibilidad del recurso.

En todo caso, debe señalarse que además de a las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos e intereses por el acto recurrido, la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia otorga legitimación para intentar la acción popular, al Fiscal General de la República,[29] dadas las funciones asignadas constitucionalmente a este funcionario, vinculadas a la defensa de la Constitución y de los derechos fundamentales.[30]

En cuanto a la legitimación pasiva, como se ha dicho, la Ley Orgánica de 1976 establece que para hacerse parte en el juicio, en la defensa o impugnación del acto, la persona debe reunir las mismas condiciones exigidas para el accionante o recurrente,[31] es decir, debe alegar que el acto afecta sus derechos e intereses. Aquí también, y aun cuando se aplique la presunción definida por la Corte Suprema, es claro que si del expediente resulta manifiesto que el acto impugnado no afecta los derechos e intereses de quien pretende hacerse parte, la calidad de parte pretendida podría ser rechazada por el juez.

Por último, debe mencionarse que precisamente por el carácter popular de la acción en estos casos de impugnación de actos administrativos de efectos generales, la ley regula el proceso contencioso objetivo en forma peculiar, estableciendo la imprescriptibilidad del recurso[32] y una secuela adjetiva bastante simplificada.[33]

---

26. Luis H. Farías Mata, *"¿Eliminada la acción popular del Derecho positivo venezolano?"*, **Revista de Derecho Público, Nº 11, EJV,** Caracas 1982, págs. 5-17.

27. Véase la *sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Corte Plena de 30-6-82* en **Revista de Derecho Público, Nº 11, EJV,** Caracas 1982, págs. 135-138.

28. Allan R. Brewer-Carías, *El control de la constitucionalidad. . ., cit.,* pág. 120.

29. Art. 116, LOCSJ.

30. Art. 220, LOCSJ.

31. Art. 137, LOCSJ.

32. Art. 134, LOCSJ.

33. Arts. 115-120, LOCSJ.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

b) El contenido de anulación de los actos administrativos de efectos particulares.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 121 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia:

> "La nulidad de actos administrativos de efectos particulares podrá ser solicitada sólo por quienes tengan interés personal, legítimo y directo en impugnar el acto de que se trate".

En esta forma, la legitimación activa para intentar la acción o recurso de nulidad de los actos administrativos de efectos particulares, corresponde al menos, al titular de un interés legítimo, personal y directo lesionado por el acto y que tenga tal interés legítimo en que el acto sea anulado. Por supuesto, el titular de otra situación jurídica subjetiva más protegida por el ordenamiento jurídico como es el derecho subjetivo también tiene legitimación activa para impugnar el acto administrativo de efectos particulares que lo lesione.

Este recurso, por supuesto, procede no sólo contra los actos administrativos de efectos particulares expresos, sino también contra los actos tácitos denegatorios producto del denominado silencio administrativo negativo previsto en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.[34] Además, por supuesto, los actos administrativos impugnables no solo son los dictados por las autoridades ejecutivas, sino los emanados de los órganos legislativos y judiciales y de los órganos constitucionales con autonomía funcional,[35] así como los emanados de entidades privadas que pueden emanarlos en virtud de representar un interés colectivo determinado.[36]

Ahora bien, en todos esos casos la legitimación activa para interponer los recursos corresponde a los titulares de un interés personal, legítimo y directo, noción que ha sido delineada por la jurisprudencia contencioso-administrativa en las últimas décadas, como la situación jurídica subjetiva que deriva de la relación jurídica que se establece entre un sujeto de derecho y la administración pública con ocasión de un acto administrativo, por ser dicho sujeto de derecho el destinatario del acto o por encontrarse en una particular situación de hecho frente a la conducta de la administración, que hace que el Ordenamiento jurídico proteja particularmente su interés en la legalidad de la actividad administrativa.[37] En la configuración de esta noción de interés legítimo, personal y directo, es de interés destacar algunas decisiones de la Corte Suprema, y en particular las siguientes:

La antigua Corte Federal, en sentencia de 14-04-60, estableció lo siguiente: "Los ordenamientos jurídicos que como el nuestro, admiten el recurso contencioso de anulación de actos administrativos, exigen, como requisito procesal, que el demandante ostente un interés que, en todo caso, ha de ser personal, directo y legítimo, aunque, como lo dispone el artículo 14 de nuestro Código de Procedimiento Civil, puede ser eventual o futuro, salvo el caso en que la Ley lo exija actual" . . . "Este interés que han de ostentar en el recurso de anulación de un acto administrativo (lo tienen) las partes, entendiéndose por tales las que han establecido una relación jurídica con la administración pública, o aquél a quien la decisión administrativa perjudica en su derecho o en su interés legítimo". Concluye la antigua Corte Federal en dicha sentencia, afirmando que en el juicio contencioso de anulación, por supuesto, de los actos de efectos particulares, "sólo pueden actuar los sujetos a quienes directamente afecta el acto administrativo".[38]

En sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa de 6-2-64 al precisar la legitimación activa del recurrente en los juicios contencioso-administrativos de anulación, señalaba que la legitimación "implica la aptitud de ser parte en un proceso concreto"; y tal aptitud, dijo la Corte, "viene determinada por la posición en que se encuentren las partes respecto de la pretensión proce-

---

34. Art. 4, *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA)*, ***Gaceta Oficial Nº 2.818 Extra. de 1-7-81***. Véase Allan R. Brewer-Carías, ***"El sentido del silencio administrativo negativo en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos", Revista de Derecho Público, Nº 8, EJV***, Caracas 1981, págs. 27-34.

35. Allan R. Brewer-Carías, ***"El problema de la definición del acto administrativo"*** en ***Libro Homenaje al Dr. Eloy Lares Martínez,*** **UCV**, Caracas, 1984, tomo I, págs. 25 a 78.

36. Hildegard Rondón de Sansó, ***"Ampliación del ámbito contencioso-administrativo", Revista de Derecho Público,*** **Nº 22, EJV**, Caracas 1985, págs. 33-49.

37. Allan R. Brewer-Carías, ***"Aspectos de la legitimación activa en los recursos contencioso-administrativos contra los actos administrativos de efectos particulares", Revista de Derecho Público,*** **Nº 16, EJV**, Caracas 1983, págs. 227-233.

38. Véase en *Gaceta Forense Nº 27*, págs. 127-132. Véase además en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema. . .*, tomo V, vol. 1, cit, pág. 293.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

sal; por lo que sólo las personas que mantengan determinada relación con la pretensión están legitimadas en el proceso en que la misma se deduce". Agrega la Corte, que el legitimado tiene "que ser la persona concreta, con facultad de poder reclamar o imponer una decisión administrativa. En resumen, puede estimarse la legitimación como la consideración especial en que tiene la ley, dentro de cada proceso, a las personas que se hallan en una determinada relación con el objeto del litigio", es decir, con el acto administrativo recurrido. En otras palabras, el interesado es aquél que ostente un interés jurídicamente relevante en la anulación del acto.[39]

En otra sentencia del 18-2-71, la misma Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema aclaraba que "Esta relación determina precisamente el interés que vincula a los particulares con el proceso a través del nexo jurídico que se establece, por efecto del acto administrativo, entre la administración y los administrados. Por consiguiente, la persona que resulte lesionada a causa de la decisión administrativa debe estar procesalmente asistida de su derecho o su interés legítimo", concluyendo que en el contencioso-administrativo de anulación de los actos de efectos particulares, "sólo pueden actuar los sujetos que resulten directamente afectados por el acto administrativo", es decir, "las que tuvieran un interés legítimo en su anulación".[40]

Por último, la misma Sala de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 21-12-72, considerando la legitimación activa en estos recursos como resultado de una particular situación de hecho del administrado respecto del acto recurrido, señaló lo siguiente: "Las circunstancias expresadas dejan constancia de que la cuestión debatida en este proceso tiene que ver directamente con la particular situación de hecho en que se encuentra la actora, como vecina de la zona donde habita y en una de cuyas áreas, cercana también a su vivienda, podría levantarse una construcción en perjuicio de sus derechos y con violación, en su parecer, por parte de la administración, de las normas de interés general que atienden el desarrollo urbanístico de la región. Conforme a tales razones, la Corte estima que la decisión administrativa que se discute está relacionada con el derecho de la actora, cuyo interés legítimo, personal y directo en el planteamiento del caso puede resolver, y, en consecuencia, su legitimación activa en el proceso, ha quedado plenamente demostrada".[41]

Dentro de esta misma doctrina debe mencionarse, por último, el criterio de la Corte Suprema de Justicia expresado en la sentencia de su Sala Político-Administrativa de 3 de octubre de 1985[42] en la cual se ha expresado que en el procedimiento contencioso-administrativo contra los actos administrativos de efectos particulares, dado que en él tiene "carácter prioritario la defensa del interés general o colectivo, son admitidos a recurrir en vía contencioso-administrativa, de una parte, los titulares de *derechos subjetivos administrativos,* es decir, quienes derivarían su capacidad procesal de vínculos establecidos previa y especialmente por la administración con el particular, en virtud de lo cual resulta justo que el afectado solicite la nulidad del acto ilegal lesivo y hasta la restauración de su derecho mediante dicho acto desconocido, por haberse irrumpido contra esos vínculos previos (contratos, concesión, permiso. . .); desconocimiento que configura la lesión de ese derecho subjetivo preexistente y de índole administrativa. Pero además, detentan esa misma capacidad procesal para actuar en juicio los *interesados legítimos* —concepto diferente en Derecho público del anteriormente expuesto—, es decir, aquellos particulares que sin ser titulares de derechos subjetivos administrativos se encuentren en una especial situación de hecho ante la infracción del Ordenamiento jurídico, la cual, por eso mismo, los hace más sensibles que el resto de los administrados al desconocimiento del interés general colectivo por parte de la administración al violar la Ley."[43]

Ahora bien, esta noción de interés personal, legítimo y directo, particularmente bajo el ángulo

---

39. Véase en *Gaceta Oficial Nº 27.373 de 21-2-64*, págs. 203-509 y 203-510. La Corte siguió en esta decisión la opinión de Jesús González Pérez, *Derecho Procesal Administrativo,* tomo II, Madrid 1966, pág. 263.

40. Véase en *Gaceta Oficial Nº 1.472 Extra. de 11-6-71.*

41. Véase en *Gaceta Oficial Nº 1.568 Extra. de 12-2-73.*

42. Véase la *sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo de 26-1-84* en **Revista de Derecho Público, Nº 17, EJV**, Caracas 1984, pág. 190.

43. Consultada en original.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

procesal, no sólo se refiere a las situaciones jurídicas subjetivas que pueden tener los sujetos de derecho como personas individualizadas, sino también las entidades representativas de intereses colectivos y difusos, legalmente establecidas y reconocidas, y que como intereses supra individuales comienzan a ser tutelados por el ordenamiento jurídico. En cuanto a los intereses colectivos, estos se concretan en comunidades compuestas por sujetos de derecho más o menos determinables, siendo en definitiva, intereses de grupo que se persiguen en forma unificada, al tener el grupo características y aspiraciones comunes,[44] quienes en defensa de los intereses de grupo, podrían interponer recursos de anulación contra los actos administrativos de efectos particulares que afecten dichos intereses colectivos. Dentro de esta categoría estarían, por ejemplo, la representación de intereses colectivos por los sindicatos, colegios profesionales y las asociaciones cooperativistas.[45] En cuanto a los intereses difusos, estos corresponden a una pluralidad indeterminada o indeterminable de sujetos y que el Ordenamiento ha protegido jurídicamente, en razón de su carácter social y comunitario. Dentro de esta categoría estarían, por ejemplo, las Asociaciones de Vecinos reguladas en la Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1978,[46] cuyo Reglamento Nº 1 les atribuye la facultad de "ejercer recursos respecto del otorgamiento ilegal de licencias para expendios de licores" y "ejercitar en nombre de sus miembros o asociados, los recursos judiciales, administrativos y de cualquier índole que fueren menester para el cabal cumplimiento de la normativa general o especial concerniente a los aspectos urbanísticos y materias afines".[47]

Debe señalarse en todo caso, que estos intereses colectivos y difusos son parte del interés general, aun cuando no asumido directamente por el Estado (interés público),[48] y por tanto, cuando un acto administrativo de efectos particulares los lesione, la impugnación de los mismos podría intentarse por el Fiscal General de la República, a quien la Ley Orgánica ha atribuido especialmente legitimación activa en estos casos.[49] Por tanto, y en caso de que no se admitiera en todo supuesto la legitimación activa de las entidades representativas de intereses colectivos y difusos para impugnar actos administrativos de efectos particulares que lesionen dichos intereses colectivos y difusos, estas entidades podrían requerir del Fiscal General de la República su interposición.

Por otra parte, e independientemente de los intereses colectivos y difusos, excepcionalmente, el interés general como tal, también está jurídicamente protegido en cuanto a que su lesión por un acto administrativo de efectos particulares, permite al Fiscal General de la República interponer el recurso contencioso-administrativo de anulación.

Por último, debe también mencionarse que el recurso contencioso-administrativo de anulación de los actos administrativos de efectos particulares también podría ser interpuesto por la propia administración pública, particularmente respecto de los actos administrativos dictados y que sean irrevocables en virtud de haber creado o declarado derechos a favor de particulares. En efecto, de acuerdo con la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, los actos administrativos creadores o declarativos de derechos a favor de particulares no pueden ser revocados por la administración pública,[50] sancionándose el acto revocatorio en esos casos, con la nulidad absoluta.[51] Por tanto, dictado por la administración un acto irrevocable, la única vía que tendría para pretender la cesación de efectos de dicho acto,

---

44. M. Sánchez Morón, *La participación del ciudadano en la Administración Pública*, Madrid 1980, pág. 125.

45. Allan R. Brewer-Carías, *"El Derecho Administrativo y la participación de los administrados en las tareas administrativas"*, **Revista de Derecho Público, Nº 22, EJV**, Caracas 1985, págs. 14-15.

46. Art. 148, LORM, *Gaceta Oficial Nº 3.371 de 2-4-84.*

47. Art. 6, literal k y ñ, *Reglamento Nº 1 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, Decreto Nº 3130 de 6-3-79* en **Gaceta Oficial Nº 31.692 de 8-3-79.**

48. Allan R. Brewer-Carías, *"El Derecho Administrativo y la participación. . .", loc. cit.*, pág. 11.

49. Art. 121, LOCSJ.

50. Art. 19, ord. 2º. y art. 82 LOPA. Véase Allan R. Brewer-Carías, *"Comentarios sobre la revocación de los actos administrativos"* en **Revista de Derecho Público Nº 4, EJV**, Caracas 1980, págs. 27-30.

51. Art. 19, ord. 2º. LOPA. Allan Brewer-Carías, *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Caracas 1982, pág. 186.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

es a través de la interposición de un recurso contencioso de anulación del acto en cuestión, en cuyo caso, por supuesto, la administración tendría la legitimación activa necesaria para ello.

En cuanto a la legitimación pasiva ante todo puede corresponder a la administración pública interesada desde el momento en que conoce del recurso, mediante el requerimiento judicial del expediente administrativo;[52] y además al igual que lo indicado anteriormente, de acuerdo con el artículo 137 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, en los juicios contencioso-administrativos contra los actos administrativos de efectos particulares, pueden hacerse parte todas las personas que reúnan las mismas condiciones exigidas para el accionante o recurrente, es decir, todos los titulares de un interés personal, legítimo y directo en defender el acto impugnado.[53]

Por último, debe mencionarse que el procedimiento establecido en el juicio contencioso-administrativo de anulación de los actos administrativos de efectos particulares, aun cuando es distinto del regulado para los juicios de nulidad de los actos administrativos de efectos generales por tratarse de un proceso objetivo, también se concibe en forma simplificada[54] comparativamente con el esquema del juicio ordinario.

c) El contencioso de anulación de los actos administrativos bilaterales (contratos).

Por último, en cuanto al contencioso de anulación de los actos administrativos debe señalarse que la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia establece la posibilidad de que se impugnen los contratos que celebre la administración, pero por personas extrañas a la relación contractual. En efecto el artículo 111 de dicha ley se refiere a:

> "las demandas de nulidad, por ilegalidad o inconstitucionalidad, de contratos o convenciones celebrados por la Administración Pública, intentadas por personas extrañas a la relación contractual, pero que tengan un interés legítimo, personal y directo en la anulación del mismo o por el Fiscal General de la República, en los casos en que dichos actos afecten un interés general".

En estos casos, no se trata del contencioso contractual o de las demandas contra los entes públicos intentadas por el cocontratante de la administración con motivo de la ejecución de contratos, sino de acciones de nulidad intentadas contra contratos o convenciones celebrados por la administración por personas extrañas a la relación contractual, pero siempre que tengan un interés personal legítimo y directo en la anulación del contrato. El Fiscal General de la República también está legitimado para interponer el recurso, cuando dichos contratos afecten el interés general.

El procedimiento establecido para el proceso contencioso de anulación en este caso, sin embargo, es distinto del previsto para los juicios de impugnación de los actos administrativos de efectos generales o particulares, y se aplica más bien el procedimiento del contencioso de las demandas contra los entes públicos,[55] más próximo al procedimiento ordinario.

2. El contencioso de anulación y condena.

Hemos señalado que en el contencioso de los actos administrativos, si bien la anulación de los mismos es un elemento constante en el objeto de los recursos, éste no se agota en la sola pretensión de anulación. De acuerdo con el artículo 131 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976, y este es quizás uno de los aspectos más importantes de la reforma, además de la pretensión de anulación, ésta puede estar acompañada de pretensiones de condena, con lo cual se puede decir que quedó rota la tradicional dicotomía del contencioso de anulación por un lado, y del contencioso de los derechos, por el otro.[56] Por tanto, en el contencioso

---

52. Art. 123, LOCSJ.
53. Arts. 121, 137, LOCSJ.
54. Arts. 121, 129, LOCSJ.
55. Art. 111, LOCSJ.
56. Véase los comentarios de A. Moles Caubet sobre lo que llama *"el contencioso mixto"*, en **"Rasgos generales de la jurisdicción contencioso-administrativa"**, *loc.cit.*, págs. 76-77.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

de los actos administrativos, además de la anulación del acto el juez puede condenar a la administración al pago de sumas de dinero, a la reparación de daños y perjuicios y al restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por el acto anulado.

En efecto, el artículo 131 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia establece lo siguiente:

> Artículo 131. En su fallo definitivo la Corte declarará si procede o no la nulidad del acto impugnado y determinará los efectos de su decisión en el tiempo. Igualmente, la Corte podrá de acuerdo con los términos de la respectiva solicitud, condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la administración, así como disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa.

Esta norma es de una importancia capital en la configuración del contencioso-administrativo en Venezuela, pues tiene las siguientes implicaciones:

En primer lugar, las pretensiones de anulación de los actos administrativos pueden acompañarse de pretensiones, de condena. Por tanto, cuando estas dependan de lesiones a situaciones jurídicas subjetivas producidas por actos administrativos, en el mismo recurso de anulación de estos pueden acumularse las pretensiones de condena, con lo cual se sigue el procedimiento de los juicios de nulidad y no el de las demandas contra los entes públicos. Por tanto, en estos casos, sigue siendo un proceso objetivo contra un acto administrativo, en el cual no hay partes propiamente dichas, pero puede haber pretensiones y decisiones de condena a la administración como consecuencia directa de la anulación.

En segundo lugar, las pretensiones de condena que pueden acompañarse al recurso de anulación, de acuerdo con el artículo 206 de la Constitución y 131 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, pueden tener su origen básicamente en la responsabilidad de la administración derivada del acto administrativo ilegal, buscándose la condena a la administración al pago de sumas de dinero, a la reparación de daños y perjuicios, o al restablecimiento de la situación jurídica subjetiva lesionada por la actividad administrativa. Esta variedad de pretensiones tiene efectos fundamentales en cuanto a la legitimación activa y al contenido de la decisión del juez contencioso-administrativo.

En efecto, en cuanto a la legitimación activa, el artículo 131 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia ha producido como consecuencia, la finalización definitiva del monopolio que el Derecho subjetivo tenía sobre las situaciones jurídicas subjetivas, particularmente en cuanto a su resarcibilidad o indemnizabilidad. Por tanto, la tradicional idea de que el interés personal, legítimo y directo era sólo una situación jurídica *procesal* para impugnar actos administrativos, y de que la pretensión de condena sólo correspondía a los titulares de derechos subjetivos (de allí la superada distinción entre contencioso de anulación y contencioso de los derechos)[57] ha quedado superada, y del artículo 131 de la Ley resulta que dentro de las situaciones jurídicas subjetivas sustantivas, además del tradicional derecho subjetivo también cabe ubicar los intereses legítimos, y éstos, al igual que aquéllos, pueden dar lugar a pretensiones de condena y a su resarcimiento.

Por tanto, la legitimación activa en el contencioso de anulación y condena no sólo corresponde al titular de un derecho subjetivo lesionado por el acto administrativo impugnado, sino también al titular de un interés personal, legítimo y directo lo cual por supuesto, variará según el tipo de pretensión de condena. Por ejemplo, si se trata de una pretensión de condena derivada de responsabilidad administrativa originada por el acto administrativo impugnado, pueden distinguirse dos supuestos: si se trata de un acto administrativo que lesiona el derecho subjetivo del cocontratante de la administración con base en un contrato celebrado con la administración, la legitimación activa para impugnar el acto ilegal, y pretender el pago de sumas de dinero o la reparación de daños y perjuicios; corresponde al titular del derecho subjetivo lesionado (cocontratante). En el mismo orden de ideas, si se trata de un acto administrativo que lesiona el derecho subjetivo del funcionario público de carrera a la estabilidad, la legitimación activa para impugnar un acto ilegal de destitución y para pretender el pago de sumas de dinero, la reparación de daños y perjuicios por la destitución ilegal o el restablecimiento al cargo público de carrera, corresponde al titular del derecho subjetivo lesionado (funcionario público destituido).

Pero la responsabilidad de la administración no sólo puede surgir de la lesión de derechos subjetivos

57. *Ídem*, págs. 74-75.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

(contractuales o estatutarios), sino también puede surgir de la lesión a intereses legítimos, personales y directos, cuyos titulares no sólo tienen la legitimación para impugnar los actos administrativos ilegales que los lesionen, sino también para pretender la condena a la administración a la reparación de daños y perjuicios originados por el acto ilegal, y al restablecimiento del interés legítimo lesionado por la autoridad administrativa. Por ejemplo, el propietario de una parcela de terreno en una zona urbana residencial, frente a un acto administrativo ilegal que cambie la zonificación de la parcela colindante, no sólo tiene la legitimación para impugnar el acto ilegal y solicitar su nulidad, sino para que se le resarzan los daños y perjuicios ocasionados por el mismo (por ejemplo, daños ambientales, eliminación del derecho a una vista o panorama, etc.) y, para que se le restablezca la situación jurídica lesionada (demolición de la construcción realizada al amparo del acto ilegal y anulado y restablecimiento de la zonificación original).

Pero no solo la esencia de la legitimación activa se ha modificado en el contencioso-administrativo de los actos administrativos, sino que a partir de 1976, también se han modificado sustancialmente los poderes del juez en sus decisiones de anulación y condena, pues estas pueden incluso, llegar a sustituir la actuación de la administración.

En efecto, en el esquema tradicional del contencioso-administrativo de anulación, el juez se limitaba a anular el acto recurrido correspondiendo a la administración la ejecución de la decisión judicial. El juez no podía ni ordenar actuaciones a la administración ni sustituirse a la administración y adoptar decisiones en su lugar. Sin embargo, este criterio tradicional ha sido superado por el Derecho positivo, y no solo la pretensión de anulación puede estar acompañada de pretensiones de condena al pago de sumas de dinero o a la reparación de daños y perjuicios, sino que más importante, la pretensión de anulación puede estar acompañada de pretensiones de condena a la administración al restablecimiento de la situación jurídica subjetiva (derecho subjetivo o interés legítimo) lesionado, lo que implica el poder del juez de formular órdenes o mandatos de hacer o de no hacer (prohibiciones) a la administración. No se olvide que la Constitución habla de los poderes del juez contencioso-administrativo para "disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa",[58] con lo cual le está confiriendo una especie de jurisdicción de equidad similar a las decisiones de *injunction* o *mandamus* del derecho anglo-americano.[59] Por tanto, al "disponer lo necesario para el restablecimiento de la situación jurídica subjetiva lesionada", no sólo puede el juez ordenar a la administración adoptar determinadas decisiones, sino prohibirle actuar en una forma determinada. Y más aún, puede el juez incluso sustituirse a la administración misma, y cuando sea posible con la sola decisión judicial, puede restablecer directamente la situación jurídica lesionada (y no sólo ordenarle a la administración que la restablezca).

3. El contencioso de anulación y el amparo.

El tercer campo específico del contencioso de los actos administrativos, es el contencioso de anulación y amparo, que se desarrolla cuando la pretensión de anulación del acto administrativo está acompañada de una pretensión de restablecimiento de una garantía o derecho constitucional violado por el acto recurrido. En este caso, cuando la lesión al derecho o garantía constitucional la produce un acto administrativo, la vía de amparo constitucional es el recurso contencioso-administrativo de anulación, que debe ser ejercido por el titular del derecho o garantía constitucional vulnerado (legitimación activa).

Por supuesto, este contencioso de anulación y amparo, nos lleva a considerar la problemática del amparo en Venezuela, el cual no está regulado constitucionalmente como un único y específico recurso cuyo conocimiento está atribuido a un único órgano jurisdiccional,[60] sino más bien como un derecho constitucional de los individuos a ser amparados por los tribunales de la República, lo cual puede lograrse a través de diversas acciones o recursos existentes, o en su defecto, mediante una acción autónoma de amparo.[61]

---

58. Art. 206. En iguales términos, art. 131, LOCSJ.

59. Véase H.W.R. Wade, *Administrative Law*, Oxford 1982, págs. 515-629.

60. Por ejemplo, el recurso de amparo en España, cuyo conocimiento se atribuye al Tribunal Constitucional. Art. 161, Constitución 1978.

61. Véase Allan R. Brewer-Carías, *"El derecho de amparo y la acción de amparo"*, **Revista de Derecho Público, Nº 22, EJV, Caracas 1985**, págs. 51-61.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

En efecto, de acuerdo con el artículo 49 de la Constitución:

> "Artículo 49. Los Tribunales ampararán a todo habitante de la República en el goce y ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución establece, en conformidad con la Ley.
>
> El procedimiento será breve y sumario y el juez competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida".

Conforme a esta norma, por tanto, hemos sostenido que en el Ordenamiento jurídico venezolano puede haber múltiples vías judiciales para amparar los derechos constitucionales frente a atentados en el goce y ejercicio de los mismos, tanto por parte de autoridades como de particulares, siempre que se prevea un procedimiento breve y sumario que permita restablecer de inmediato el derecho infringido. Incluso entre esas vías judiciales está la acción de amparo autónoma y subsidiaria, en el sentido de que procede cuando no exista otra vía judicial que permita la protección del derecho.[62]

Por tanto, cuando un acto administrativo es el que vulnera el goce o ejercicio de un derecho o garantía constitucional, el medio judicial de amparo constitucional es precisamente el proceso contencioso-administrativo de los actos administrativos que permite al juez de acuerdo con el artículo 206 de la Constitución, al igual que lo hace el artículo 49 del mismo texto fundamental no solo anular el acto que perturba el derecho (lo cual es el fundamento del amparo en este caso) sino restablecer la situación jurídica subjetiva infringida.[63]

Ahora bien, cuando en el proceso contencioso- administrativo de los actos administrativos se formula junto con la anulación, una pretensión de amparo, deben destacarse los siguientes elementos:

En primer lugar, tratándose de un acto administrativo el que lesiona el derecho constitucional, la decisión judicial de amparo está directamente vinculada a la anulación del acto administrativo por inconstitucionalidad. Por tanto, en este caso, el juicio de amparo implica necesariamente un juicio de nulidad de un acto administrativo, lo cual no se plantea, cuando por ejemplo, la lesión al derecho constitucional la produce una vía de hecho de la administración. Esto tiene importancia en relación con la inmediatez del restablecimiento del derecho constitucional lesionado. Frente a una vía de hecho, constatada por el juez la lesión, éste, de inmediato, puede restablecer el goce y ejercicio del derecho; pero frente a un acto administrativo, el juez debe necesariamente juzgar su nulidad, y además, constatar su nulidad absoluta, puesto que se alega la violación de un derecho o garantía constitucional.[64] Por tanto, la sentencia definitiva que anule el acto recurrido y restablezca definitivamente el derecho constitucional infringido no siempre podrá tener toda la inmediatez que se requiere frente a una vía de hecho. En algunos casos, el juez podrá tomar su decisión de inmediato, cuando la inconstitucionalidad sea burda, como sucede en el procedimiento transitorio previsto para el amparo a la libertad personal *(hábeas corpus).* Si la privación de la libertad se realiza mediante un "acto administrativo" que viola directamente el artículo 60, 1 de la Constitución el juez penal competente, anula el acto y ordena la libertad.[65] En otros casos, la "inmediatez" definitiva no será ni podrá ser todo lo expedito, pues debe juzgarse la nulidad del cato, lo cual sin embargo, no significa que no pueda restablecerse "inmediatamente" la situación jurídica subjetiva infringida; al contrario, para ello está prevista la figura de la suspensión judicial de los efectos del acto recurrido,[66] la cual conforme al criterio de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, "participa de la naturaleza

---

62. *Idem.*

63. En igual sentido, art. 131, LOCSJ.

64. El artículo 46 de la Constitución, en efecto, establece que "Todo acto del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución es nulo..."; el artículo 19, ordinal 1°. de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos establece que *"serán absolutamente nulos"* los actos de la administración, "cuando así esté *expresamente* determinado por una *norma constitucional*...".

65. Disposición Transitoria Quinta de la Constitución.

66. El artículo 136 LOCSJ en efecto autoriza a los tribunales contencioso-administrativos, para suspender, a instancia en parte "los efectos de un acto administrativo de efectos particulares, cuya nulidad haya sido solicitada, cuando así lo permita la ley o la suspensión sea indispensable para evitar perjuicios irreparables o de difícil reparación por la definitiva". Véase Allan R. Brewer-Carías, "Comentarios en torno a la suspensión de los efectos de los actos administrativos en vía contencioso-administrativa", **Revista de Derecho Público, Nº 4, EJV**, Caracas 1980, págs. 189-194.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

de las acciones de garantía y amparo de los derechos fundamentales".[67]

Por supuesto, algunos correctivos deben preverse en la regulación legal del derecho de amparo para asegurar aún más la protección de los derechos y el carácter de acción de amparo del contencioso de los actos administrativos, particularmente, por ejemplo, ampliando la procedencia de la suspensión de efectos de los actos impugnados, en forma más expedita cuando se alegue violación, por el acto administrativo recurrido, de un derecho constitucional cuyo amparo se pretende;[68] eliminado el lapso de caducidad cuando el motivo de la impugnación del acto recurrido sea la violación del derecho constitucional cuyo amparo se pretende,[69] y atribuyendo al juez poderes específicos para resolver como casos de urgencia[70] los supuestos en los cuales se acompañe al contencioso de anulación de un acto administrativo, una pretensión de amparo.

Pero en segundo lugar, el otro elemento que debe destacarse respecto del proceso contencioso-administrativo de anulación y amparo, se refiere a los poderes del juez. En este caso, de acuerdo con los artículos 206 y 49 de la Constitución y al artículo 131 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, el juez contencioso-administrativo tiene "potestad para restablecer" la situación jurídica infringida o en su caso, para "disponer lo necesario" para su restablecimiento. Esto significa que el juez del contencioso de anulación y amparo, una vez anulado el acto puede directamente restablecer el derecho constitucional infringido y sustituirse a la administración, y además, adoptar mandamientos de hacer o de no hacer en relación con la administración, para asegurar no sólo dicho restablecimiento sino además, impedir la sucesiva vulneración del derecho o garantía constitucional por la administración. Por supuesto, además, y de acuerdo con lo señalado anteriormente, en caso de proceder, y conforme a lo solicitado, el juez podría adoptar decisiones de condena respecto de la administración por los daños y perjuicios que se pudieran haber causado al recurrente por el acto anulado.

III. EL PROCESO CONTENCIOSO DE LAS DEMANDAS CONTRA LOS ENTES PÚBLICOS

Además del proceso contencioso contra los actos administrativos, que como hemos señalado, tiene la característica de ser siempre un contencioso de anulación de los actos, con la posibilidad de estar acompañadas las pretensiones de anulación, con pretensiones de condena e incluso de amparo constitucional, el sistema contencioso-administrativo venezolano admite como segunda categoría de proceso, el contencioso-administrativo de las demandas contra los entes públicos, en el cual no sólo se establece una verdadera litis procesal entre demandante y demandado, que se desarrolla a través de un proceso subjetivo, entre partes, sino que tiene la característica general de orden negativo, de que en el objeto de la demanda y de las pretensiones del demandante, no hay actos administrativos envueltos. Por tanto, la relación jurídica procesal que se origina en estas demandas contra los entes públicos, no tiene su origen en un acto administrativo que deba recurrirse, pues si ese fuera el caso, correspondería a lo que hemos denominado el contencioso de los actos administrativos.

En consecuencia, este proceso contencioso-administrativo de las demandas contra los entes públicos, es el propio de las acciones que se intenten contra éstos, basadas en pretensiones de condena que tienen su origen, básicamente, en la responsabilidad de la administración, de orden contractual o extracontractual, que buscan la condena al pago de sumas de dinero o de daños y perjuicios e inclu-

67. *Sentencia de 27-3-85 (caso Ramírez Monagas)*, en **Revista de Derecho Público, Nº 22, EJV**, Caracas 1985, pág. 179.

68. Que sería equivalente al motivo de nulidad absoluta que en vía administrativa abre la vía para la suspensión de efectos: art. 87 LOPA.

69. Motivos de nulidad absoluta, conforme al artículo 19, ordinal 1º. de la LOPA y art. 46 de la Constitución. Véase Allan R. Brewer-Carías, *"Comentarios sobre las nulidades de los actos administrativos"*, **Revista de Derecho Público, Nº 1, EJV**, Caracas 1980, págs. 45-50.

70. Art. 135, LOCSJ.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

so, al restablecimiento de la situación jurídica subjetiva lesionada, y cuyo origen no está en actos administrativos.

Por supuesto, tratándose de un contencioso de las demandas, la legitimación activa corresponde en estos casos al titular de un derecho subjetivo, quien puede accionar contra un ente público para lograr la satisfacción del mismo; y el procedimiento está regulado en la ley, siguiendo el esquema del procedimiento ordinario, en la Sección Primera del Capítulo II del Título V de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, intitulada "De las demandas en que sea parte la República".[71]

Debe señalarse, sin embargo, que de acuerdo con la Ley Orgánica, el contencioso de las demandas contra los entes públicos a cargo de los tribunales contencioso-administrativos, no abarca todas las demandas contra todos los entes públicos, sino que básicamente está reservada primero a las demandas originadas en contratos administrativos, y segundo, a aquellas que se intenten contra entes nacionales si su conocimiento no está atribuido a otra autoridad judicial.

En el primer caso, conforme al artículo 42, ordinal 14, la Corte Suprema de Justicia tiene competencia para conocer en única instancia de las cuestiones de cualquier naturaleza que se susciten con motivo de la interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez o resolución de los contratos administrativos en los cuales sea parte la República, los Estados y las municipalidades. Por tanto, toda demanda contra todos los entes públicos territoriales originada en contratos administrativos, corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa.

En el segundo caso, en cuanto a las demandas contra entes públicos (no originadas en contratos administrativos), básicamente se atribuyen a los órganos contencioso-administrativos, el conocimiento de aquellas que se refieren a entes *nacionales.*

En efecto, en cuanto a los entes territoriales, solo las demandas contra la República caen dentro de la competencia de los tribunales contencioso-administrativos, pues las demandas contra los Estados y municipios se deben intentar ante los tribunales ordinarios "de acuerdo con las previsiones del derecho común o especial", quienes son los competentes para conocer de ellas en primera instancia.[72] Solo de las apelaciones contra las decisiones que dicten estos tribunales, es que se ha atribuido competencia para conocer de las mismas a los tribunales superiores contencioso-administrativos.[73]

Por otra parte, en cuanto a los entes no territoriales, es decir, las acciones contra los institutos autónomos y las empresas "en las cuales el Estado tenga participación decisiva", la competencia para conocer de esas demandas en primera instancia se ha atribuido a los órganos contencioso-administrativos, habiendo interpretado la Corte Suprema la expresión "empresas del Estado" en sentido restrictivo, como incluyendo solamente las empresas en las cuales la República, directamente sea accionista, y excluyendo del fuero jurisdiccional, las empresas en las cuales un instituto autónomo u otra empresa del Estado, por ejemplo, sean los entes accionistas.[74]

Por tanto, el contencioso de las demandas contra los entes públicos está básicamente reducido a las demandas contra la República, contra los institutos autónomos y contra las empresas en las cuales la República directamente tenga participación decisiva, habiéndose distribuido la competencia jurisdiccional, según la cuantía, a los tres niveles de tribunales contencioso-administrativos, así: si la cuantía excede de Bs. 5.000.000, el conocimiento de las acciones, si ello no está atribuido a otra autoridad, corresponde en única instancia a la Corte Suprema de Justicia;[75] si la cuantía no pasa de Bs. 5.000.000 pero excede de Bs. 1.000.000, el conocimiento de las acciones, si ello no está atribuido a otra autoridad, corresponde en primera instancia a la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo,[76] con apelación ante la Corte Suprema de Justicia[77] quien

---

71. Arts. 103-111, LOCSJ.

72. Art. 183, LOCSJ.

73. Arts. 182, ord. 3º., LOCSJ.

74. *Véase la sentencia de la Sala Político-Administrativa de 20-1-83* y la *sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo* de 28-4-83 en **Revista de Derecho Público, Nº 14, EJV,** Caracas 1983, págs. 187-190.

75. Art. 42, ord. 15, LOCSJ.

76. Art. 185, ord. 6o., LOCSJ.

77. Art. 185, párrafo 3.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

conoce en segunda instancia; y si la cuantía no excede de Bs. 1.000.000, el conocimiento de las acciones, si su conocimiento no está atribuido a otra autoridad, corresponde en primera instancia a los tribunales superiores en lo contencioso-administrativo,[78] con apelación ante la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo[79] quien conoce en segunda instancia.

IV. EL PROCESO CONTENCIOSO CONTRA LAS CONDUCTAS OMISIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN

El tercer campo del sistema contencioso-administrativo en Venezuela está conformado por el proceso contencioso-administrativo contra las conductas omisivas de la administración, lo cual es otra de las importantes regulaciones de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976.

En efecto, en ella se atribuye a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa competencia para:

> "Conocer de la abstención o negativa de los funcionarios nacionales (o de "las autoridades estatales o municipales", en su caso), a cumplir determinados actos a que estén obligados por las leyes, cuando sea procedente, en conformidad con ellas".[80]

Esta norma, que consagra el recurso contra las conductas omisivas de la administración,[81] tiene su fundamento, por una parte, en el incumplimiento por parte de la administración de una obligación legal concreta de decidir o de cumplir determinados actos, y por la otra, en el derecho de un sujeto de derecho a que la administración cumpla los actos a que está obligada. Por tanto, a la base de este recurso está una relación jurídica (deber-poder) específica, que se concreta en una obligación también específica de la administración de actuar, frente a una situación jurídica, asimismo específica de poder de un sujeto de derecho, que se configura como un derecho subjetivo de orden administrativo a la actuación administrativa. No se trata, consecuentemente, de la obligación genérica de la administración a dar oportuna respuesta a las peticiones de particulares, ni del derecho también genérico de estos a obtener oportuna respuesta a sus peticiones presentadas por ante la administración.[82] Se trata, en cambio, de una relación obligación-derecho establecida entre la administración y un particular, a una actuación administrativa determinada.

Por ejemplo, de acuerdo con el Código Civil y a la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio, el uso de la propiedad con fines urbanísticos está regulado por las autoridades locales, quienes deben definir las modalidades de dicho uso en las Ordenanzas de Zonificación. Una vez definidos los usos urbanísticos, los propietarios tienen derecho a construir en su propiedad (usar) siempre que se ajusten a las prescripciones de la zonificación, para lo cual la autoridad municipal establece sistemas de control. El más común de estos es el control previo a través de permisos de construcción (autorizaciones)[83] los cuales se configuran como actos administrativos de obligatorio otorgamiento (actos reglados) cuando el proyecto de construcción se ajuste a las prescripciones de las Ordenanzas. Es decir, el otorgamiento del permiso de construcción es una *obligación* de la administración respecto del propietario que se ajuste a las normas de zonificación, y éste tiene *derecho* a que se le otorgue el permiso cuando cumple dichas prescripciones.[84] Lo mismo sucede en relación con los denominados permisos de habi-

---

78. Art. 182, ord. 2.º, LOCSJ.

79. Art. 182, *in fine*, LOCSJ.

80. Art. 42, ord. 23; y art. 182, ord. 1.º LOCSJ.

81. Este recurso según señala A. Moles existe en Venezuela desde 1925. V. A. Moles Caubet, *"Rasgos generales de la jurisdicción contencioso-administrativa"* en A. Moles Caubet y otros, **Contencioso-Administrativo. . .**, *cit.*, pág. 76.

82. Art. 67 Constitución.

83. *Art. 55 de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio.* **Gaceta Oficial Nº 3238 de 11-8-83.**

84. Véase Allan R. Brewer-Carías, *Urbanismo y Propiedad Privada*, Caracas 1980, pág. 386.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

tabilidad municipal: se trata también de instrumentos de control urbanístico, conforme a los cuales una vez realizada la construcción permisada en el permiso de construcción, el propietario solicita el permiso o cédula de habitabilidad a la administración, quien verifica para otorgarlo, el que la construcción ejecutada se adecue al permiso de construcción. En este caso, también, si una edificación se ajusta al permiso de construcción, el propietario tiene *derecho* a que se le otorgue la cédula de habitabilidad y la administración está *obligada* a otorgarla (actividad reglada).[85]

En este caso, se configura un típico supuesto de relación entre una obligación de la administración a cumplir determinados actos y un derecho del particular a que la administración cumpla dichos actos; y el incumplimiento de dicha obligación, sea por que la administración se abstenga de dictar el acto requerido o sea por que se niegue a hacerlo, es el objeto del recurso contra las conductas omisivas de la administración que regula la ley. Por eso ha establecido la Corte Suprema, que para que proceda este recurso contencioso-administrativo, es necesario que se trate de "una obligación concreta y precisa inscrita en la norma legal correspondiente",[86] o como lo ha señalado la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, que exista "una carga u obligación legal que pese sobre la autoridad recurrida y a la cual la misma no haya dado cumplimiento", carga que "debe estar expresamente establecida en una norma expresa".[87]

En estos casos de incumplimiento de la precisa y expresa obligación legal de un funcionario a adoptar determinados actos, a los cuales tiene derecho un particular, la protección jurisdiccional de este derecho está precisamente en este recurso frente a la abstención o negativa administrativa, lo cual no debe confundirse con la otra garantía procesal de los particulares frente al silencio de la administración que origina el llamado silencio administrativo negativo o acto administrativo presunto o tácito denegatorio, y que podría ser recurrido tanto en vía administrativa como en vía contencioso-administrativa.[88]

En efecto, la figura del silencio administrativo negativo es inefectiva como protección de los derechos de los particulares, en los casos de inacción primaria de la administración cuando por ejemplo, ésta se niega a otorgar un acto que está obligada a adoptar, con motivo de una solicitud formulada por el interesado. A éste no lo protege nada el hecho de entender que el acto que solicita, por ejemplo, el otorgamiento del permiso de construcción solicitado, se le niega tácitamente, pues nada gana con ello: ¿cómo lo va a impugnar, si no hay motivación? ¿qué gana con una decisión judicial que declare la nulidad del acto denegatorio tácito? En realidad, el particular lo que requiere es que la Administración dicte el acto a que está obligada, por lo que en estos casos, la garantía jurídica del mismo, está en el recurso contra las conductas omisivas y no en el silencio administrativo denegatorio,[89] pues a través del mismo se logra que el juez obligue a la administración a decidir.

Debe destacarse, por otra parte, que la pretensión del recurrente en estos casos de recursos contra las conductas omisivas no es, por supuesto, que sólo se declare la ilegalidad de la omisión o negativa administrativa, o que sólo se declare la obligatoriedad de la administración de decidir, sino que lo que busca realmente es que se ordene a la administración a adoptar determinados actos. Por tanto, la decisión del juez puede contener mandamientos de hacer frente a la administración, e incluso, en nuestro criterio, puede en sí misma, suplir la carencia administrativa, relevando al interesado de la obligación de obtener el acto en cuestión, para ejercer su actividad particular. Como lo ha señalado la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, en estos casos, la acción "se refiere al cumplimiento de actos, esto es, que no se agota en un simple pronunciamiento, sino que presupone la realización de actuaciones tendientes a satisfacer la pretensión deducida por el administrado".[90]

---

85. *Ídem*, pág. 385.

86. Véase sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa de 28-2-85, en *Revista de Derecho Público*, Nº 21, EJV, Caracas 1985, págs. 170-175.

87. Véase sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo de 6-12-84 en *Revista de Derecho Público*, Nº 20, EJV, Caracas 1984, pág. 173.

88. Véase Allan R. Brewer-Carías, *"Consideraciones en torno a la figura del silencio administrativo consagrado a los efectos del recurso contencioso-administrativo de anulación"*, en **Revista de Control Fiscal Nº 96**, Caracas 1980, págs. 11-38; Allan R. Brewer-Carías, *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, cit.*, págs. 225 y sigs.

89. Allan R. Brewer-Carías, *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica. . ., cit.*, pág. 230.

90. Véase *sentencia de 6-12-84* en **Revista de Derecho Público, Nº 20, EJV**, Caracas 1984, pág. 174.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Por tanto, el contencioso-administrativo contra la carencia administrativa, implica que la pretensión del recurrente está basada en un derecho subjetivo de orden administrativo infringido por la inacción, y cuya satisfacción sólo es posible mediante una actuación; consecuencialmente, el restablecimiento de la situación jurídica infringida por la omisión, puede dar lugar a que el juez ordene a la administración la adopción de una decisión, o a que el juez directamente se sustituya a la administración y restablezca la situación jurídica subjetiva infringida, por ejemplo, dispensando al particular de obtener el acto solicitado, si ello era necesario para ejercer su derecho. En el caso ejemplificado anteriormente, si la administración se niega a otorgar una cédula de habitabilidad urbanística a que tiene derecho un propietario que ha edificado en un todo conforme al permiso de construcción y a las ordenanzas locales, el juez no sólo podría ordenar a la administración municipal que otorgue dicha "Cédula de Habitabilidad", sino que incluso, podría dispensar al particular de la necesidad de tenerla, si ello es necesario para otras actividades (por ejemplo, para obtener créditos hipotecarios para la venta de inmuebles), sustituyendo el acto administrativo con la sentencia misma.

Una solución de esta naturaleza se ha regulado expresamente en el Código Orgánico Tributario,[91] en la figura procesal que se denomina, "acción de amparo" prevista contra las demoras administrativas en materia tributaria. En estos casos, cuando la administración tributaria incurre en "demoras excesivas en resolver sobre peticiones de los interesados y ellas causen perjuicios no reparables por los medios procesales ordinarios",[92] "cualquier persona afectada"[93] puede intentar ante los tribunales contencioso-tributarios esta "acción de amparo", y estos pueden dictar "la resolución que corresponda al amparo del derecho lesionado", fijando un término para que la administración realice el trámite o diligencia a que está obligada (mandamiento de hacer), o dispensando de dicho trámite o diligencia al recurrente,[94] en cuyo caso, evidentemente, el juez se sustituye a la administración.

Por último, debe mencionarse que aparte de esta mal llamada, en sí misma, "acción de amparo" tributaria, pues en realidad es un recurso contra la conducta omisiva de la administración, en la cual no siempre hay un derecho constitucional que se ampara; en general, en el contencioso contra las conductas omisivas, además de la pretensión de obligar a la administración a actuar, ésta puede estar acompañada de pretensiones de condena al pago de daños y perjuicios ocasionados por el retardo, e incluso, pretensiones de amparo, cuando la conducta omisiva viole un derecho o garantía constitucional, por ejemplo, cuando la administración penitenciaria se niega a cumplir una orden de excarcelación.

Por último, debe señalarse que en estos supuestos de procesos contencioso-administrativos contra las conductas omisivas de la administración, en ausencia de un procedimiento específico previsto en la ley, los jueces han aplicado el procedimiento de los juicios de nulidad de los actos administrativos de efectos particulares.[95]

---

91. *Código Orgánico Tributario (COT) de 1982.* Véase en **Gaceta Oficial Nº 2992 Extra. de 3-8-1982.**

92. Art. 208, COT.

93. Art. 209, COT.

94. Art. 210, COT.

95. Véase *sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo de 28-9-82,* en **Revista de Derecho Público, Nº 12, EJV,** Caracas 1982, pág. 176.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

V. EL PROCESO CONTENCIOSO DE LA INTERPRETACIÓN

La cuarta de las ramas del sistema contencioso-administrativo en Venezuela es el contencioso de interpretación, regulado genéricamente como competencia de la Corte Suprema de Justicia, en relación con las leyes y a los contratos administrativos. En efecto el artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia atribuye competencia a la Corte para:

> "14. Conocer de las cuestiones de cualquier naturaleza que se susciten con motivo de la interpretación. . . de los contratos administrativos en los cuales sea parte la República, los Estados o las Municipalidades". . .
>
> 24. Conocer del recurso de interpretación y resolver las consultas que se le formulen acerca del alcance e inteligencia de los textos legales, en los casos previstos en la Ley.

Por tanto, conforme a estas normas, los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, particularmente la Corte Suprema de Justicia, son competentes, para conocer del contencioso de la interpretación de contratos administrativos, que se confundiría con el contencioso de las demandas contra los entes públicos, pues básicamente serían las partes contratantes quienes estarían legitimadas para intentar este recurso, que se concretaría en este caso, una acción mero declarativa.[96]

En cuanto al contencioso de interpretación de textos legales,[97] originalmente establecido solo en materia de carrera administrativa como competencia del Tribunal de la Carrera Administrativa,[98] ha sido formalmente establecido con carácter general por la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia; pero sólo admisible en los casos previstos en la Ley,[99] por lo cual en la actualidad solo existe en materia de la carrera administrativa respecto de las dudas que surjan en cuanto a la aplicación e interpretación de la Ley y su Reglamento, y como competencia de la Corte Suprema de Justicia exclusivamente.[100]

En este recurso de interpretación, la legitimación activa correspondería a todo el que tenga un interés legítimo, personal y directo en la interpretación del texto legal, normalmente, el funcionario público, y por supuesto, también correspondería a la administración.

VI. CONCLUSIÓN

De todo lo anteriormente expuesto, pueden extraerse las siguientes conclusiones que contrastan con el sistema tradicional contencioso-administrativo en Venezuela:

En primer lugar, el sistema de recursos contencioso-administrativo no sólo se reduce a juzgar los actos administrativos, y su ilegalidad, sino en general, las conductas de la administración y su legitimidad, incluyendo las conductas omisivas.

En segundo lugar, en cuanto al proceso contencioso de los actos administrativos, las pretensiones procesales que se pueden formular contra ellos no

---

96. Allan R. Brewer-Carías, y Enrique Pérez Olivares, *"El recurso contencioso-administrativo de interpretación en el sistema jurídico venezolano"*, **Revista de la Facultad de Derecho, UCV, Nº 32**, Caracas 1965, págs. 103-126.

97. E. Pérez Olivares, *"El recurso de interpretación"* en Instituto de Derecho Público, **El control jurisdiccional de los poderes públicos. . .**, *cit.*, págs. 149-165.

98. *Art. 64 Ley de Carrera Administrativa.* Véase Hildegard Rondón de Sansó, **El sistema contencioso-administrativo de la carrera administrativa**, Caracas 1974, págs. 315 y sigs.

99. *Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa de 27-04-82* en **Revista de Derecho Público, Nº 10, EJV,** Caracas 1982, pág. 174.

100. *Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa de 11-8-81* en **Revista de Derecho Público Nº 8, EJV,** Caracas 1981, pág. 138.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

solo se reducen a la anulación de los mismos, sino que junto con la anulación el recurrente puede plantear pretensiones de condena al pago de sumas de dinero o a la reparación de daños y perjuicios; pretensiones tendientes al restablecimiento de situaciones jurídicas subjetivas, y asimismo, pretensiones de amparo de derechos constitucionales violados por el acto recurrido.

En tercer lugar, dentro de las situaciones jurídicas subjetivas protegidas por el sistema de recursos contencioso-administrativo están, en primer lugar, el simple interés afectado por actos administrativos de efectos generales que legitima a cualquier persona para intentar la acción popular de anulación; en segundo lugar, el interés personal, legítimo y directo lesionado por actos administrativos de efectos particulares, que legitima a su titular no solo para pretender la anulación del acto, sino para el resarcimiento de daños y perjuicios causados por el mismo, y el restablecimiento de la situación jurídica subjetiva lesionada; y en tercer lugar, el derecho subjetivo lesionado por actos administrativos de efectos particulares, que también legitima a su titular no sólo para pretender la anulación del acto recurrido, sino para el resarcimiento de daños y perjuicios causados por el mismo, el pago de sumas de dinero debidas por la administración y el restablecimiento de la situación jurídica subjetiva lesionada por la actividad administrativa. Por tanto, no sólo el derecho subjetivo se considera una situación jurídica subjetiva restablecible e indemnizable jurisdiccionalmente, sino que también lo es el interés legítimo.

En cuarto lugar, las decisiones del juez contencioso-administrativo, van más allá de la sola anulación de un acto administrativo o de la condena al pago de sumas de dinero o de daños y perjuicios causados por la administración, y pueden contener decisiones en las cuales se disponga lo necesario para restablecer el derecho subjetivo o el interés legítimo lesionado, lo cual puede consistir en mandamientos de hacer (ordenar) o de no hacer (prohibiciones), e incluso en la sustitución de la administración por el juez.

En quinto lugar, en el sistema contencioso-administrativo se distinguen dos esquemas procesales: el esquema objetivo, propio del contencioso de los actos administrativos y del contencioso contra las conductas omisivas, en los cuales el juicio es contra un acto o una omisión de la administración, en los cuales no puede considerarse que hay ni demanda ni parte demandada, propiamente dicha, pudiendo hacerse parte todos los que tengan la misma legitimación necesaria para recurrir; y el esquema subjetivo, propio del contencioso de las demandas contra los entes públicos, que sigue el *iter* del proceso ordinario.

En sexto lugar, el contencioso de los actos administrativos es la vía judicial de amparo contra los actos administrativos que violen derechos o garantías constitucionales, siendo el mecanismo de suspensión de efectos del acto recurrido un efectivo instrumento de restablecimiento de la situación jurídica infringida mientras se decide la anulación. Además, los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa tienen competencia para conocer de la acción de amparo, como acción autónoma y subsidiaria, cuando la violación de los derechos o garantías constitucionales tenga su origen en vía de hecho de la administración, excepto en materia de la libertad personal en cuyo caso los tribunales penales son competentes para conocer y decidir el amparo.

* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

LA TUTELA JUDICIAL CAUTELAR EN EL ORDEN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

LUCIANO PAREJO ALFONSO*

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho Administrativo español, como el francés (que es su modelo histórico), descansa sobre la idea y el principio del poder público. La Administración es, posee o, en todo caso, pertenece a un poder dirigido a la ejecución de las leyes, del Ordenamiento, separado tanto del poder legislativo como, especialmente, del judicial. Por ello mismo, su posición jurídica es exorbitante, caracterizándose por la capacidad de decisión unilateral, previa, presuntamente legítima y ejecutiva; en definitiva, por la doble autotutela declarativa y ejecutiva. De este modo, la perspectiva principal continúa siendo la establecida por el insigne jurista *M. Hauriou*[1]: el conflicto entre el poder público y la resistencia de las posiciones activas privadas.

Esta construcción, cuyas raíces y evolución históricas son bien conocidas, impone de suyo el carácter revisor y no suspensivo (como regla general) del control judicial de la acción administrativa, con independencia de la plenitud de dicho control. La cuestión básica de la efectividad de la tutela judicial derivada de la posibilidad de la ejecución de los actos administrativos pendiente su impugnación incluso judicial, se resuelve insatisfactoriamente en el esquema clásico (sin perjuicio de la conquista histórica que supuso) por la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

En España, el establecimiento en diciembre de 1978 de un orden constitucional avanzado (fundado en la institución de un Estado social y democrático de Derecho que propugna como valores superiores de su Ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político), obliga inexcusablemente a una completa revisión de las bases y los principios del sistema descrito. No se trata tanto de la dificultad del encaje en el nuevo orden de la Administración como poder de decisión unilateral y ejecutoria sujeto sólo a un control judicial *ex post* pues si bien de los artículos 97 y 106 de la Constitución no resulta necesariamente esta imagen, parece claro que estos preceptos no sólo no la excluyen sino que la propician (el artículo 106, al enfatizar el control por los tribunales de la potestad reglamentaria, la legalidad de la actuación administrativa y el sometimiento de ésta a los fines que la justifican, está presuponiendo el desarrollo autosuficiente de dicha actuación, sin necesidad de auxilio judicial, hasta su efectividad en la realidad), siendo concluyente tanto el hecho de que el régimen de garantías jurisdiccionales implantado, simultáneamente a la promulgación de la Constitución, por la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, para los derechos fundamentales de la persona haya asumido con toda naturalidad la referida imagen justamente para la tutela de las posicio-

* Catedrático de Derecho Administrativo.

1. M. HAURIOU, *Précir de Droit Administratif et de Droit Public*, Remeil Sirey, Paris, 1911, 7 Ed. Libro primero.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

nes jurídicas activas más sólidas reconocidas a los ciudadanos, como su aceptación inequívoca por la jurisprudencia constitucional[2]. El problema principal reside más bien en los términos y condiciones de la tutela ofrecida a través del control judicial de la actuación administrativa, teniendo en cuenta la consagración por el artículo 24.1 de la Constitución del derecho fundamental de toda persona a la obtención de la *tutela efectiva* por los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, con interdicción de toda situación o resultado de indefensión. La exigencia de efectividad —como ha tenido ocasión de precisar el Tribunal Constitucional[3]— afecta desde luego a la regulación misma del proceso contencioso-administrativo, en tanto que aquélla postula (a través del artículo 10.2 de la propia Constitución y en virtud del artículo 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos

---

2. Dos sentencias se pronuncian inequívocamente sobre este punto. La de 17 de febrero de 1984, afirma en el fundamento jurídico 4.º:
La potestad de la Administración de autoejecución de las resoluciones y actos dictados por ella se encuentra en nuestro Derecho positivo vigente legalmente reconocida y no puede considerarse que sea contraria a la Constitución. Es verdad que el art. 117.3 de la Constitución atribuye al monopolio de la potestad jurisdiccional consistente en ejecutar lo decidido a los jueces y tribunales establecidos en las leyes, pero no es menos cierto que el art. 103 reconoce como uno de los principios a los que la administración pública ha de atenerse el de eficacia "con sometimiento pleno de la Ley y al Derecho". Significa ello una remisión a la decisión del legislador ordinario respecto de aquellas normas, medios e instrumentos en que se concrete la consagración de la eficacia. Entre ellas no cabe duda de que se puede encontrar la potestad de autotutela o de autoejecución practicable genéricamente por cualquier administración pública con arreglo al art. 103 de la Constitución y, por ende, puede ser ejercida por las autoridades municipales, pues aun cuando el artículo 140 de la Constitución establece la autonomía de los municipios, la administración municipal es una administración pública en el sentido del antes referido artículo 103.
La de 6 de junio de 1984 sostiene, desde la perspectiva del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que:
La cuestión se centra, por tanto, en si el art. 24.1 de la Constitución impone una reinterpretación de los textos que en nuestro Derecho contiene las reglas respecto a la ejecutividad. La ejecutividad de los actos sancionadores pertenecientes a la categoría de los de este recurso no es algo indefectiblemente contrario al derecho a la tutela judicial efectiva. En el caso presente, estando abierto el control judicial, por la vía incidental con ocasión de la impugnación del acto, de modo que se garantice la valoración de los intereses comprometidos por la ejecutividad, o por la suspensión, intereses que son, junto a los de las partes en eventual litigio, los intereses generales, y a la técnica preventiva que es propio de lo pendiente de decisión judicial, el contenido esencial del derecho a la tutela judicial no padece. La rigurosidad de la regla de la no suspensión arbitrando para las hipótesis estimatorias del recurso difíciles fórmulas reintegrativas o permitiendo situaciones irreversibles, o generando de una u otra forma limitaciones carentes de justificación respecto al acceso a la jurisdicción, podrán dañar el derecho a la tutela judicial y justificarán que, desde la idea del art. 24.1 de la Constitución, se reinterpreten los preceptos aplicables entre ellos el artículo 122.2 de la LJCA. Sin embargo, no se podrá, acudiendo a la mención de aquel precepto constitucional, entenderse desaparecida la ejecutividad o, poniendo más el acento en uno de aquellos intereses que en otro, relegar o despreciar otros, tanto generales como de terceros. El derecho a la tutela se satisface, pues, facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un tribunal y que éste, con la información y contradicción que resulte menester resuelva sobre la suspensión. El recurrente ha gozado de esta garantía en dos instancias.

3. Varias sentencias pueden traerse aquí a colación.
La sentencia de 14 de julio de 1981 dice textualmente:
Este derecho a la jurisdicción reconocido en el párrafo número 1 del mencionado artículo 24 no puede entenderse como algo desligado del tiempo en que debe prestarse por los órganos del Poder Judicial, sino que ha de ser comprendido en el sentido de que se otorgue por éstos dentro de los razonables términos temporales en que las personas lo reclaman en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos. El ámbito temporal en que se mueve el derecho a la tutela efectiva de los jueces y tribunales lo viene a consagrar el párrafo número 2 del mismo artículo 24 de la Constitución al hablar de "un proceso público sin dilaciones indebidas", y aunque pueda pensarse que por el contexto general en que se utiliza esta expresión sólo está dirigida en principio a regir en los procesos penales, ello no veda que dentro del concepto general de la efectiva tutela judicial deba plantearse como un posible ataque al mismo las dilaciones injustificadas que puedan acontecer en cualquier proceso. Es en este sentido en que se manifiesta la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales al establecer en su artículo 6, número 1, que "toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativamente, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial. . .". A su vez, este plazo razonable fue interpretado por el Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre primeramente para los procesos penales (asuntos Neumeister y Ringeisen) y posteriormente extendido para los procedimientos ante las jurisdicciones administrativas (caso König), en el sentido de que el carácter razonable de la duración de un procedimiento debe apreciarse según las circunstancias de cada caso y teniendo en cuenta fundamentalmente "la complejidad del asunto, el comportamiento del recurrente y la forma en que el asunto haya sido llevado por las autoridades administrativas y judiciales" (Cour Sur. D.H., Affaire König, décision du 23 de avril 1977, série A, núm. 27. p. 34).
El artículo 10, núm 2, de la Constitución establece que "las normas relativas a los derechos fundamentales y las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por España". Este precepto constitucional nos permite acudir a aquella doctrina establecida en el caso König para determinar si en el sometido ahora a esta jurisdicción constitucional concurren los supuestos que permitan calificar de lesiva constitucionalmente la actuación del órgano del Poder Judicial.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

y de las Libertades Fundamentales de 1950, ratificado en 1979 por España) la realización de la tutela conforme a los principios mínimos de equidad, publicidad y razonabilidad en el tiempo, pero también —y este aspecto es el que ahora importa— supone la operatividad de la protección judicial precisamente

---

La Sentencia de 7 de junio de 1982 razona así:

Artículo 24.1 de la Constitución. El derecho a la tutela efectiva que dicho artículo consagra no agota su contenido en la exigencia de que el interesado tenga acceso a los tribunales de justicia, pueda ante ellos manifestar y defender su pretensión jurídica en igualdad con las otras partes y goce de la libertad de aportar todas aquellas pruebas que procesalmente fueran oportunas y admisibles, ni se limita a garantizar la obtención de una resolución de fondo fundada en derecho, sea o no favorable a la pretensión formulada, si concurren todos los requisitos procesales para ello. Exige también que el fallo judicial se cumpla y que el recurrente sea repuesto en su derecho y compensado, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido, lo contrario sería convertir las decisiones judiciales y el reconocimiento de los derechos que ellas comportan en favor de algunas de las partes, en meras declaraciones de intenciones.

La sentencia de 13 de abril de 1983 afirma que:

El derecho a la tutela judicial efectiva tiene un contenido complejo que incluye, entre otros, la libertad de acceso a los jueces y tribunales el derecho a obtener un fallo de éstos y, como precisa la sentencia número 32/1982 de este Tribunal, también el derecho "a que el fallo se cumpla y a que el recurrente sea repuesto en su derecho y compensado, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido". Esta complejidad, que impide incluir la definición constitucional del artículo 24.1 en cualquiera de los términos de una clasificación dicotómica que, como la que distingue entre derecho de libertad y derechos de prestación, sólo ofrece cabida para derechos de contenido simple, no hace, sin embargo, de este derecho a la tutela efectiva de jueces y tribunales un concepto genérico dentro del cual haya de entenderse insertos derechos que son objeto de otros preceptos constitucionales distintos, como es, por ejemplo, el derecho a un proceso público y sin delaciones indebidas, que la Constitución garantiza en el apartado 2º de este mismo artículo 24. Desde el punto de vista sociológico y práctico puede seguramente afirmarse que una justicia tardíamente concedida equivale a una falta de tutela judicial efectiva; jurídicamente, en el marco de nuestro ordenamiento, es forzoso entender que se trata de derechos distintos que siempre han de ser considerados separadamente y que, en consecuencia, también pueden ser objeto de distintas violaciones.

... el derecho a que se ejecuten los fallos judiciales que reconocen derechos propios sólo se satisface cuando el órgano judicial adopta las medidas oportunas para llevar a efecto esa ejecución, con independencia de cuál sea el momento en el que las dicta. Si esas medidas se adoptan, el derecho a la tutela judicial efectiva se habrá satisfecho, aunque si se adoptan con una tardanza excesiva e irrazonable pueda considerarse lesionado el derecho al proceso sin dilaciones indebidas. Cuando, por el contrario, se adoptan, aunque sea con la mayor celeridad, medidas que no son eficaces para asegurar la ejecución, o que, aun siendo en principio adecuadas, quedan privadas de eficacia por no ir seguidas de las destinadas a cumplimentarlas, no cabrá hablar seguramente de dilaciones indebidas, pero sí, sin duda alguna, de una falta de tutela judicial efectiva.

La sentencia de 16 de mayo de 1984 sostiene:

La tutela de los derechos e intereses legítimos, que consagra el artículo 24 de la Constitución, comprende como derechos de los ciudadanos los de tener acceso a la jurisdicción, tener un proceso que, discurriendo dentro de un periodo razonable, permita al litigante defender sus intereses, así como el derecho a obtener una decisión jurídicamente fundada o motivada. Además de ello, comprende el derecho a que la sentencia, que eventualmente haya puesto fin al proceso, se cumpla en sus propios términos, pues sólo de esta manera el derecho al proceso se hace real y efectivo, ya que, si fuera de otro modo, el derecho no pasaría de ser una entidad ilusoria.

Finalmente, la sentencia de 7 de junio de 1984 señala que:

El artículo 24.1 de la Constitución, al establecer el derecho a la tutela judicial efectiva —que comprende el de ejecución de las sentencias según hemos indicado— viene así a configurar como un derecho fundamental de carácter subjetivo lo que, desde una perspectiva objetiva, constituye un elemento de trascendental importancia en el sistema jurídico.

El desarrollo y regulación del ejercicio de este derecho fundamental, que vincula a todos los poderes públicos, corresponde al legislador, el cual deberá respetar su contenido esencial (artículo 81 y 53.1 de la Constitución); contenido que puede extraerse en parte de la propia Constitución, interpretada de forma sistemática, dado que la misma es un todo en el que cada precepto adquiere su pleno valor y sentido en relación con los demás.

Así, en primer lugar, la ejecución de las sentencias y resoluciones firmes corresponde a los titulares de la potestad jurisdiccional, "haciendo ejecutar lo juzgado" (artículo 117.3 de la Constitución), según las normas de competencias y procedimiento que las leyes establezcan, lo que les impone el deber de adoptar las medidas oportunas para llevar a cabo esa ejecución (sentencia 26/1983, de 13 de abril, FJ 3.º, "Boletín Oficial del Estado" de 17 de mayo). Cuando para hacer ejecutar lo juzgado el órgano judicial adopta una resolución que ha de ser cumplida por un ente público, ésta ha de llevarle a cabo con la necesaria diligencia, sin obstaculizar el cumplimiento de lo acordado, por imponerlo así el artículo 118 de la Constitución, y cuando tal obstaculización se produzca el juez ha de adoptar las medidas necesarias para la ejecución, de acuerdo con las leyes, que han de ser interpretadas —según ha declarado el tribunal en reiteradas ocasiones— de conformidad con la Constitución y en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental. Si tales medidas no se adoptan con la intensidad necesaria —y legalmente posible— para remover la obstaculización producida, el órgano judicial vulnera el derecho fundamental a la ejecución de las sentencias, que le impone —como antes decíamos— el deber de adoptar las medidas oportunas para llevarla a cabo. Por otra parte, tales medidas han de adoptarse sin que se produzcan dilaciones indebidas, pues de otra forma se vulneraría el artículo 24.2 de la Constitución, que si bien, como señala la mencionada sentencia, no se confunde con el derecho a la ejecución de las sentencias del 24.1, se encuentra en íntima relación con el mismo, pues es claro que el retraso injustificado en la adopción de las medidas indicadas afecta en el tiempo a la efectividad del derecho fundamental, de tal forma que, como afirma, la sentencia del Tribunal 6/1981, de 14 de julio, en su FJ 3.º, ("Boletín Oficial del Estado" de 20 de julio), debe plantearse como un posible ataque al derecho a la tutela judicial efectiva las dilaciones injustificadas que puedan acontecer en cualquier proceso.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

sobre los bienes jurídicos objeto de litigio, de suerte que la decisión final del juez no sea ilusoria y pueda cumplirse en sus propios términos, posibilitando verdaderamente el disfrute de dichos bienes, sin la precisión sistemática de su conversión en una indemnización equivalente en razón a su desaparición, pérdida o lesión durante el proceso a resultas de la actuación administrativa (la ejecución del acto impugnado).

La revisión apuntada como necesaria viene de hecho haciéndose —en punto a esta última y grave cuestión— tanto por el legislador, como por la jurisprudencia y la doctrina científica. Pero su desarrollo suscita la preocupación sobre la bondad de su resultado final: el legislador, sin abordar aún la reforma de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, está introduciendo regulaciones especiales en distintas leyes sustantivas sectoriales, acordes quizás con los requerimientos de las materias correspondientes pero inductoras de un riesgo cierto de ruptura de la coherencia sistemática y de la economía propia de la institución; la jurisprudencia, obligada a resolver conforme al orden constitucional aplicando una legislación básicamente preconstitucional, no ha hallado aún una línea coherente, pero muestra lógicamente —por la naturaleza y los condicionamientos de su función— la tendencia a encontrar el nuevo equilibrio en una enfatización, quizás excesiva, del aspecto garantista de los derechos e intereses privados, en detrimento relativo de los intereses públicos; conducta jurisprudencial favorecida indudablemente por los análisis doctrinales, hasta ahora limitados a poner de relieve los requerimientos derivados del artículo 24.1 de la Constitución.

Falta, pues, una actualización de la tutela judicial cautelar en el seno del contencioso-administrativo y en el marco de la necesaria redefinición, a partir del orden constitucional, del sistema administrativo y del correspondiente control judicial; actualización, desde la que sea posible resolver de forma consecuente sobre las modulaciones que deba sufrir o las soluciones específicas que deban excepcionar la regulación general por razón de las exigencias singulares de las distintas materias de la acción administrativa. Las consideraciones que siguen pretenden ser una modesta contribución a la necesaria reflexión en orden a la aludida actualización.

II. EL NUDO DEL PROBLEMA: EL PODER PÚBLICO ADMINISTRATIVO Y SUS ATRIBUTOS

No siendo la tutela judicial cautelar o provisional más que una pieza del control judicial de la Administración, es claro que, como ésta, está en función de los principios vertebrantes del Derecho Administrativo. La solución tradicional y aún vigente trae causa, en efecto, de determinadas ideas de gran fuerza y aún persistentes en diversa medida, a pesar de las profundas transformaciones experimentadas por la Administración, el campo de su actuación y las formas de su intervención en la vida social, de las que procede destacar las tres siguientes:

a) La persistencia en la concepción técnica actual de la Administración como poder público, como ha resaltado *M. Rousset*[4], de la noción ideológica —que hunde sus raíces en la tradición romana del "imperium", recogida por el absolutismo y actualizada por el absolutismo democrático revolucionario— a tenor de la cual existe identidad entre Estado y poder del Estado (lo estatal tiene necesariamente mayor valor que lo atinente a los individuos), apareciendo la Administración —en su orden propio— con la majestad propia de aquel, en calidad de persona soberana. Puesto que tiene por fin ejecutar la voluntad soberana del Parlamento, en esa medida participa en su acción de la misma. En términos objetivos: la ejecución no sería sino la puesta en práctica del mandato de la norma soberana e irresistible. El poder de mando, de *imperium* es, pues, una condición, una cualidad de la Administración como organización pública, que ésta proyecta necesariamente, con igual intensidad, sobre la totalidad de su actuación jurídico-pública con independencia del objeto de ésta.

b) La Administración, en cuanto poder, produce actos unilaterales y ejecutivos, es decir, decisiones ejecutorias. La implicación de la noción de poder

4. M. ROUSSET, *L' idée de puissance publique en droit administratif*, Ed. Libraírie Dalloz, Paris 1960, Cap. II.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

en la definición subjetiva misma de la Administración (por influencia del pensamiento de *M. Hauriou*) lleva a la práctica identificación, a la confusión entre acto unilateral y ejecución forzosa. El acto administrativo por excelencia es el acto imperativo que, al expresar el poder soberano, es susceptible e incluso, requiere su ejecución de oficio. Así como la soberanía e irresistibilidad de la ley es consecuencia de la soberanía parlamentaria (que, a su vez y a través del mecanismo representativo, trae causa de la soberanía popular), la presunción de legitimidad y la ejecutividad del acto administrativo son trasunto de la condición de poder público de la Administración.

c) La esencia nuclear del Derecho Administrativo radica, consecuentemente, en el conflicto entre el poder público y las posiciones activas (los poderes privados) de los particulares; conflicto sustanciado, por ello, sobre la base de un específico equilibrio entre *privilegios* y *garantías*. En ese conflicto el primero ha de primar siempre (como regla general y siquiera sea provisoriamente) sobre los segundos, pues en otro caso el poder estatal quedaría en entredicho.

La consecuencia de estas ideas en el plano que nos ocupa no es otra que la reducción estricta de las facultades de tutela cautelar del juez a la suspensión de la ejecutividad y la configuración de dicha suspensión como instrumento excepcional (desde el prisma de los requerimientos del poder) y de garantía frente a la posición privilegiada de la Administración (desde la óptica del interés privado). En España, sin embargo, esta consecuencia adquiere perfiles propios de trascendencia nada despreciable. La construcción actual del Derecho Administrativo español —debida básicamente al maestro de juristas E. García de Enterría directamente en su mayor parte e indirectamente en todo caso a través de sus discípulos— se lleva a cabo en una época en que el poder es prácticamente gubernativo y se ofrece nudamente como tal, desprovisto de verdadera legitimidad democrática, desvinculado de cualquier sistema de valores de referencia vinculantes y, por tanto, tendencialmente arbitrario; características que lo colocaban por principio, en el plano administrativo, bajo sospecha de no correcta traducción del interés general en su actuación. En este contexto, el Derecho Administrativo asume una trascendencia específica en la limitación y reducción del poder, desde la que —inevitablemente— la calificación de la autotutela como privilegio incorpora una carga extrajurídica y la perspectiva —en el ámbito del equilibrio entre privilegios y garantías que constituye, por definición propia, su esencia— se desplaza del lado del desarrollo y afianzamiento de las posiciones privadas y sus garantías. Esta filosofía deja de tener sentido sin duda desde la promulgación de la Constitución de 1978, pero, por efecto inercial y en ausencia de un nuevo esquema que la reemplace, continúa inspirando el sistema administrativo, fundamentalmente en la obra de la jurisprudencia.

Las ideas de referencia deben ser ahora más bien las siguientes:

a) El Estado es un orden constitucional (en sentido estricto) efectivo por jurídicamente vinculante (art. 9.1 de la Constitución) tanto para los ciudadanos como para los poderes públicos (incluida la Administración Pública). Ese orden constitucional, en cuyo contenido y estructura no es posible ahora detenerse,[5] se resume principalmente en la fórmula de Estado social y democrático de Derecho que propugna como valores superiores de su Ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político; valores éstos que, como los restantes constitucionalmente consagrados o reconocidos, han de ponderarse desde la primacía del bien consistente en la dignidad de la persona (sus derechos y el libre desarrollo de la personalidad), estructurándose así —a los efectos de la justicia y desde la óptica de la acción pública conformadora del orden social— en función de la mayor o menor relevancia para la integridad de dicho bien. De ello resulta un cuadro de referencia para la valoración, forzosamente diversa según la implicación de valores y bienes constitucionalmente protegidos, de los intereses públicos y los privados presentes en cada actuación administrativa concreta.

b) Como he razonado en otro lugar,[6] ese orden constitucional diseña la Administración (el complejo de las administraciones públicas) como organización necesaria e institución caracterizada por sus fines (la satisfacción del interés general) y sus medios (la actuación objetiva del interés general

---

5. Véase sobre este extremo mi obra, *Estado social y administración pública; los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Ed. Civitas, Madrid. 1983.

6. En mi obra, *Estado social y administración pública. . .*, ya citada, y también con mayor precisión en, *El Concepto del Derecho Administrativo;* Ed. Jurídica Venezolana, Caracas 1984, págs. 257 y ss.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

con sometimiento pleno a la ley y al Derecho, bajo la dirección del órgano directa o indirectamente legitimado democráticamente, titular de la función ejecutiva); en definitiva, como un poder público autónomo pero subordinado al Gobierno.

Desde una doble legitimación democrática y objetiva la Administración participa, en efecto, del poder público y, en cuanto principio connatural a éste, de la prerrogativa de ejecución forzosa de su voluntad. Pero no es un poder que pueda predicar sin más de sí mismo y en toda circunstancia tal condición, sino en la medida en que así proceda como manifestación necesaria de la autoridad social encargada del interés público (es, pues, un poder en sentido técnico-jurídico de carácter servicial). Esta caracterización condiciona la construcción de la doble auto tutela de que goza, cuyas figuras no pueden confundirse. La de decisión unilateral no es atributo exclusivo de la Administración, dándose también en favor de los particulares en el Derecho Privado, por lo que su especificidad radica en la amplitud y fuerza de obligar que se reconoce a la de la Administración en cuanto traduce el interés público definido por la ley. La prerrogativa de ejecución forzosa sólo en sentido técnico es calificable de privilegio, es distinta de la anterior, no debe manifestar ni se manifiesta por igual en cualquier actuación, es estrictamente instrumental del interés público material y su efectiva actualización, intensidad y términos de aplicación dependen de la regulación sustantiva concreta que legitime la acción administrativa.

La necesidad de la diferenciación de ambas autotutelas administrativas y de su configuración técnica en sentido instrumental estricto es hoy más que evidente, una vez rota la imagen de la Administración actuante por vía autoritaria, desbordados los esquemas clásicos de intervención-prestación o policía, fomento y servicio público y establecida perfectamente la multiplicidad y diversidad de las formas de satisfacción del interés público. Pues de ello se deduce que ni la fuerza de obligar y la eficacia vinculante de los actos, decisiones u operaciones de la Administración tienen que ser únicas, ni todos ellos precisan —ni mucho menos— ser ejecutados de oficio, ni —finalmente— esta ejecución, cuando proceda, debe revestir características y alcance idénticos.

c) El equilibrio entre privilegios y garantías conforme al que se desarrolla y resuelve el conflicto público-privado propio del Derecho Administrativo no se articula en términos de poderes subjetivo-formales (pues esos poderes y, singularmente, el público son serviciales), sino realmente de intereses sustantivos tutelados por el Ordenamiento, de suerte que el orden de su satisfacción debe establecerse en función de la regulación material (que motive y legitime el ejercicio de las prerrogativas públicas) y su interpretación y aplicación debidas a partir del sistema constitucional de valores. En otras palabras, aquel equilibrio no puede definirse una vez por todas con carácter general y abstracto, pues es necesariamente diverso en razón a la distinta naturaleza y valor de los bienes jurídicos en presencia conforme en definitiva al orden constitucional. El equilibrio ha de ser, pues el resultado de una ponderación concreta en cada caso.

Esta comprobación, absolutamente elemental hoy en el marco de un orden constitucional democrático, desvela la distorsión padecida hasta ahora por la institución de la tutela judicial cautelar o preventiva por la sublimación al plano formal del juego de la contraposición de la prerrogativa pública (ambas autotutelas en confusión) y la posición privada de la cuestión de fondo verdaderamente decisoria e inevitablemente implicada de la contraposición de intereses sustantivos a resolver mediante su adecuada, aunque provisional, ponderación.

Consecuentemente con todo ello:

1. El conflicto entre el poder público-las posiciones privadas no puede contemplarse ni abordarse desde la hipótesis de la práctica identidad de las dos autotutelas administrativas y en el plano formal de la contraposición de la prerrogativa pública y la posición activa del ciudadano.

2. Dicho conflicto, como tampoco, por tanto, la tutela judicial cautelar, no puede resolverse simplistamente sobre la base de la regla general de la primacía formal del poder público sobre el privado.

3. La tutela judicial cautelar no puede continuar reducida a la figura de la suspensión de la ejecutividad de los actos administrativos, sencillamente por decaimiento de su mismo presupuesto con la consecuencia de pérdida sustancial en el ámbito de cobertura de aquélla. Sobre ello, la economía y el juego de la técnica suspensiva, al no traer causa exclusiva ni principal de las características formales de la prerrogativa pública, deben ser susceptibles de las modulaciones y adaptaciones que exijan la materia concreta de que se trate, la naturaleza de la acción administrativa y los bienes jurídicos afectados.

Quedan así sentadas las bases del planteamiento de la tutela judicial cautelar tras la Constitución de 1978, que ha de ser necesariamente diverso del aún subsistente, toda vez que debe quedar

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

despejado de cualquier adherencia no técnico-jurídica en la medida en que el punto de partida es ahora sin duda el de un poder público legítimo, cuya actuación está pasivamente vinculada a un sistema de valores constitucionalmente establecido. No se trata, y ello conviene destacarlo, de cuestionar el poder público y sus prerrogativas sino de redefinir —incluso potenciándolos— su posición en el orden constitucional. El enfoque correcto queda definido con toda precisión en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de junio de 1984: aunque el artículo 24.1 de la Constitución imponga una reinterpretación del control judicial de la Administración, no pone en cuestión (ni siquiera para el Derecho Administrativo sancionador) la potestad de ejecución de oficio de los propios actos unilaterales de la misma; a la tutela judicial constitucionalmente exigida le basta con la posibilidad real del control judicial de la acción administrativa, incluida la de la ejecución, siempre que se garantice la valoración de los intereses comprometidos por la ejecutividad o por la suspensión de la misma. También la mejor jurisprudencia contencioso-administrativa ha visto con claridad el problema: el Auto de la Sala 4.ª del Tribunal Supremo de 29 de Mayo de 1984 (R.A. 3151) afirma que el principio de la ejecutividad de los actos administrativos y, por tanto, la regulación legal vigente sobre su suspensión preventiva no son incompatibles con la Constitución (en concreto el artículo 24.1 de ésta), precisando que la técnica suspensiva continúa teniendo carácter de excepción a aquel principio ". . . puesto que éste, como otros, no son privilegios, en el sentido heredado de periodos históricos felizmente fenecidos sino técnicas instrumentadas para el debido funcionamiento de los servicios públicos y la mejor defensa de los intereses colectivos de la sociedad".

III. LA TÉCNICA DE LA SUSPENSIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

1. La situación actual.

El Derecho español continúa aún haciendo descansar la tutela judicial cautelar sobre la técnica de la suspensión. La causa se sitúa en los principios (consagrados en el artículo 33 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957 primero y en los artículos 44 y 45 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, inmediatamente después) de presunción de legitimidad y de eficacia y ejecutividad inmediatas de los actos administrativos (de los que resulta la práctica confusión, ya señalada, entre validez y fuerza obligatoria y ejecución forzosa) y sus lógicas consecuencias de no suspensión de dichas eficacia y ejecutividad por la mera impugnación de los mismos en vía administrativa o judicial (artículos 34 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, 116 de la Ley de Procedimiento Administrativo y 122 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956).

La suspensión se configura como un remedio frente a la secuencia acto imperativo-ejecución unilateral alcanzable sólo previa petición expresa (en vía administrativa y/o en la judicial) en los supuestos de imposible o difícil reparación de los daños y perjuicios que se seguirían de la ejecución o (tras la Ley 164/1963, de 2 de diciembre, de reforma de la de Procedimiento Administrativo) nulidad del acto administrativo (arts. 34 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, 116 de la de Procedimiento Administrativo y 122 de la de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

Este es el sistema general determinante de la tutela judicial preventiva. Su interpretación y aplicación reales son obra de la jurisprudencia; obra que puede sintetizarse así:

a) Principios que inspiran la institución:

— Presunción de veracidad y legitimidad de los actos administrativos, sólo destructible por sentencia judicial firme.

— La regla general debe ser la de no entorpecimiento de la acción administrativa en perjuicio de los intereses públicos.

— La obligatoriedad y ejecutividad de los actos sólo ceden (aparte el supuesto de suspensión por la propia Administración) ante una actuación judicial sobre la base del artículo 122 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; actuación que es pertinente cuando, además de darse los supuestos previstos en dicho precepto, no se produzca grave quebranto de los intereses públicos (pues en este último caso éstos deben prevalecer, por su prioridad, sobre los privados).

Autos del Tribunal Supremo, entre otros, de 17 de mayo de 1963 (R.A. 3179), 21 de noviembre de 1975 (R.A. 4931), de 3 de junio de 1976 (R.A. 3092),

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

10 de marzo de 1980 (R.A. 832), 23 de abril de 1982 (R.A. 2436) y 10 de marzo, 9 de abril, 28 de mayo y 16 de julio de 1984 (R.A. 2505, 2561, 3137, 3143 y 4236, respectivamente).

b) Características de la institución:

— Constituye una excepción a la regla general de la ejecución de los actos y es, por tanto, una medida extraordinaria o de carácter excepcional, que debe —consecuentemente— ser aplicada restrictivamente.

— Es una facultad del tribunal, que la ejercita según su apreciación del supuesto de que se trate.

— La carga de la prueba de la pertinencia de la medida incumbe a quien pide la suspensión.

Autos, todos de 1984 y de las Salas Tercera y Cuarta del Tribunal Supremo, de 17 de enero (R.A. 127), 21 de marzo (R.A. 1339), 2 y 9 de abril (R.A. 4063 y 2561) y 14 y 16 de julio (R.A. 4101 y 4384).

c) Acreditación de los supuestos de imposibilidad o dificultad de reparación de los daños y perjuicios.

La acreditación de tales supuestos debe hacerse en función de cualquiera de las dos siguientes circunstancias:

— La naturaleza misma del acuerdo o acto administrativo.

— Hechos o circunstancias que, dándose en el caso concreto, sean suficientemente demostrativos.

Autos de la Sala 4.ª del Tribunal Supremo, entre otros muchos, de 26 (2) y 23 de marzo de 1984 (R.A. 2530, 2531 y 2540).

d) Forma de la acreditación:

1. Cuando se funde en la naturaleza del acto:

— Algunos actos, por definición, determinan siempre el supuesto de suspensión, cual sucede con las órdenes de demolición de edificaciones (Auto de la Sala 4.ª del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1984; R.A. 420).

— Siempre que el acto, de ejecutarse, hiciera desaparecer o cambiar la situación de hecho del bien en función de la cual se hubiera deducido una concreta pretensión a la Administración, cual sucede con la orden de realización de obras en edificación cuya declaración en estado de ruina se había previamente solicitado (Auto de la Sala 4.ª del Tribunal Supremo de 11 de abril de 1984; R.A. 1993).

— Si resulta notoriamente de las circunstancias del caso; así en el supuesto de una orden de cambio de nombre de especialidades farmacéuticas (Auto de la Sala 4.ª del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1984; R.A. 4083) o de un acuerdo municipal de ampliación en diez el número de licencias de autotaxis (Auto de la misma Sala 4.ª de 28 de febrero de 1984; R.A. 1093).

2. Cuando se pretende justificar en los hechos o circunstancias del caso:

— Es insuficiente la simple invocación formal del daño o perjuicio, la mera formulación de alegaciones genéricas, la aportación de datos inconcretos, así como el establecimiento de simples conjeturas, posibilidades o eventualidades.

— Si bien pudiera llegar a bastar la "inferencia razonable" del daño o perjuicio, se requiere como regla general un razonamiento suficiente fundado en la previsibilidad de daños o perjuicios de las características legales, una adecuada determinación cualitativa y cuantitativa permisiva de la ponderación lógica y según criterios de la recta razón sobre la procedencia o improcedencia de excepcionar el principio de la ejecutividad. En algún caso se ha llegado a exigir la "cumplida prueba" de las circunstancias que justifiquen la suspensión.

Autos de la salas 3.ª y 4.ª del Tribunal Supremo de 2 y 10 de abril, 19 de junio y 14 de julio de 1984 (R.A. 4063, 1990, 3639 y 4384, respectivamente).

e) Los requisitos de imposibilidad o dificultad de la reparación.

1. En general:

— La presunción legal juega en favor de la posibilidad y la facilidad de la reparación de los daños y perjuicios si éstos son de orden económico, interpretándose muy extensivamente esta categoría de daños y perjuicios.

— Se establece una estrecha vinculación entre indemnizabilidad (económica) y solvencia de la Administración Pública; solvencia que se afirma por principio.

Autos de la Sala 4.ª del Tribunal Supremo de 9 y 10 de abril de 1984, 12 de julio de 1984, 19 de febrero de 1985 y 5 de julio de 1985 (R.A. 2561, 1990, 4095, 1180 y 3977, respectivamente).

2. Criterio de la reparación.

— Existe dificultad en la reparación cuando se da una dificultad específica de valoración de los daños o perjuicios. En todo caso esa dificultad concurre cuando se trata de órdenes de destrucción del bien (demolición de edificio) o de alteración sustancial del mismo (ejecución de obras).

— Es improcedente la confusión entre dificultad de la reparación y dificultad de la fijación de la cuantía de ésta.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

— Los problemas de orden presupuestario de la Administración no pueden equipararse sin más a la dificultad de la reparación a efectos del juego de la suspensión.

— La susceptibilidad de evaluación económica de los daños y perjuicios no supone de suyo exclusión de la dificultad en la reparación.

Autos de la Sala 4.ª del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1984, 9, 10 y 11 de abril de 1984, 12 de julio de 1984, 10 de octubre de 1984, 20 de noviembre de 1984, 11 de diciembre de 1984 y 19 de febrero y 5 de julio de 1985 (R.A. 1093, 2561, 1990, 1993, 4095, 5646, 5669, 420, 1180 y 3977, respectivamente).

En todo caso, esta jurisprudencia recaída sobre la regulación general de la técnica de la suspensión nunca ha perdido de vista la economía básica de dicha regulación, dejando claro que:

1. Ha de ser aplicada conforme a su espíritu y finalidad, que (según la interpretación auténtica que se contiene en la Exposición de Motivos de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa) están centrados en el grado de exigencia con la que, en cada caso, demande el interés público material la ejecución del acto.

2. Por tanto, la aplicación de la institución ha de tener lugar sobre la base de una ponderación —en atención a la ejecución— de los intereses públicos y privados en presencia; ponderación que, no obstante, en algún caso se afirma que está condicionada por la regla formal de la primacía del interés público.

(Autos de la Sala 4.ª del Tribunal Supremo de 17 de enero, 23 de mayo y 12 de julio de 1984 y 19 de febrero de 1985; R.A. 127, 3129, 4095 y 1180, respectivamente).

En definitiva, esta lógica institucional compleja aparece perfectamente resumida en el Auto de la Sala 4.ª del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1984 (R.A. 5646), para el que

"... cuando se suscite esta cuestión (no parece superfluo que) se contemple debidamente, y antes que la circunstancia de la irreparabilidad de los potenciales daños o de la dificultad de su resarcimiento, la propia *ratio essendi* de la regla general a la que la posibilidad de acordar la suspensión excepciona, ya que entonces podrá concluirse no sólo que el juego de ambos términos tiene su marco adecuado en la misma virtualidad del binomio "prerrogativa de la Administración-garantía del administrado" del que aquellos es mera traducción concreta y a cuyo equilibrio y estabilidad tiende inmanentemente el Estado de Derecho, sino también que, en definitiva, y puesto que la causa inspiradora y eficiente del privilegio de la inmediata ejecutividad es, en último término, el interés público, a este principalísimo y fundamental dato, a la medida en que pueda resultar comprometido y a la trascendencia e influencia de la misma en la ecuación de los valores jurídicos en presencia debe remitirse el juicio que sobre la procedencia o improcedencia de la suspensión ha de adoptarse en cada supuesto".

Este régimen general de la técnica suspensiva convive con regulaciones especiales establecidas por razón de la materia (así, el artículo 22.3 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de Diciembre de 1954 establece el efecto suspensivo automático del recurso contra el acuerdo de necesidad de ocupación de los bienes y sufre, en todo caso, modulaciones en su aplicación por la jurisprudencia. Un repaso somero de ésta permite ofrecer el siguiente cuadro:

— Disposiciones generales.

La naturaleza normativa del acto —tanto más cuando su impugnación se produce por otra Administración— conduce a la estimación de la suspensión sobre la base de la notoriedad de los trastornos y de la generalidad e imposibilidad de la valoración de los daños que podrían seguirse de su ejecución (Auto de 27 de abril de 1984, R.A. 2852).

— Relaciones interadministrativas.

La impugnación de un acto por Administración distinta supone una diferente valoración, pues la contradicción se da entre dos intereses públicos. En todo caso, la suspensión obtenida por la Administración impugnante no puede sujetarse a caución, justamente por la condición de Administración pública del accionante (Auto de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1984, R.A. 3866).

— Derecho de la organización.

En la medida en que las decisiones sobre la organización administrativa dan lugar a unidades productoras de actos administrativos, la inmediata ejecución de las mismas se considera trascendente y susceptible de producir (en el supuesto de la ulterior anulación de las mismas) perjuicios de muy difícil reparación por la imposibilidad de reponer las cosas a su estado primitivo, mientras que su suspensión se considera que no ocasiona graves trastornos ni al interés público ni al privado (Auto de la Sala 4.ª del Tribunal Supremo de 26 de setiembre de 1984, R.A. 4549).

— Derecho tributario.

La naturaleza de la materia motiva a la jurispru-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

dencia al desarrollo de criterios de restricción absoluta del juego de la suspensión. De ahí que la regla sea la indemnizabilidad del posible daño y perjuicio por razón del contenido económico de los actos, con la consecuente improcedencia de su suspensión (por todos, el Auto de la Sala 4.ª del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1984; R.A. 3129). Para la aplicación de la técnica suspensiva se requiere la alegación fundada de graves dificultades económicas que hagan altamente onerosa la satisfacción de la deuda tributaria e, incluso, la acreditación de una situación de verdadera insolvencia (Autos de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo de 2 de abril y 1 de octubre de 1984; R.A. 4063 y 4721).

— Derecho sancionador.

También aquí por razón de las características de la materia las soluciones son más matizadas. La doctrina general puede cifrarse en la apreciación de que la dificultad de la reparación del daño o perjuicio no depende (en las multas, que son las sanciones administrativas por excelencia) del hecho del pago, estando más bien en relación con el valor que proceda atribuir al esfuerzo o perjuicio derivados del obligado desembolso anticipado en función de la solvencia económica del sancionado (Auto de la Sala 4.ª de 16 de abril de 1984; R.A. 2000). No obstante, de ordinario se entiende que de la ejecución de multas no se derivan daños o perjuicios susceptibles de justificar la medida suspensiva e, incluso, que para que ésta proceda es preciso acreditar la imposibilidad económica de satisfacer dichas multas (Autos de la Sala 4.ª del Tribunal Supremo, ambos de 17 de enero de 1984; R.A. 128 y 131). Por contra, en el caso de sanciones de suspensión o clausura o cierre temporal de actividades lícitas su ejecución suele entenderse productora de daños y perjuicios de cuando menos difícil reparación (Autos de la Sala 4.ª del Tribunal Supremo, de 14 de marzo, 23 de mayo y 18 de julio de 1984; R.A. 1329, 3142 y 4386).

— Derecho disciplinario.

En este campo, la jurisprudencia ha sufrido una gran evolución como consecuencia del impacto de la Constitución y de la legislación sobre garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales. A partir de dos importantes sentencias de la Sala 5.ª del Tribunal Supremo de 17 de julio de 1982 (R.A. 4428 y 4442), se ha decantado por la regla de la improcedencia de la ejecución de las sanciones disciplinarias hasta la firmeza de las mismas, sobre la base del doble argumento del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la Constitución) y de la aplicación extensiva al Derecho sancionador administrativo, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, de los principios del orden penal sentados en el artículo 25 de la Constitución. La línea así emprendida se ha afianzado en posteriores resoluciones (sentencias del Tribunal Supremo, todas de 1985, de 20 de febrero —Sala 3.ª—, 13 de mayo —Sala 5.ª— y 20 de junio —Sala 3.ª—, y Auto de la Sala 3.ª—, de 20 de junio; R.A. 498, 2297, 3245 y 3850, respectivamente).

La evolución o transformación más importante de la técnica suspensiva es imputable, sin embargo, al legislador postconstitucional, quien, sin afrontar la reforma general de la institución, está procediendo a su retoque continuo por la vía de las regulaciones especiales materia por materia; regulaciones, además, cuyo impacto sobre la institución es diverso en función del alcance de cada una de las leyes en las que dichas regulaciones se recogen. Estas especialidades se han producido hasta ahora en el campo de la protección de los derechos fundamentales (artículo 7 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de dichos derechos), el Derecho sancionador y disciplinario (artículos 44.3 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de setiembre, General Penitenciaria, y 44 de la Ley Orgánica 1/1980, de 10 de enero, del Consejo General del Poder Judicial), el Derecho tributario (artículo 80.2 del Reglamento de Procedimiento Económico-Administrativo), el conflicto constitucional de competencias entre las Administraciones del Estado y la de las Comunidades Autónomas (artículo 64.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, reguladora del Tribunal Constitucional), la impugnación de actos de las Corporaciones Locales por las administraciones superiores (art. 66 de la Ley 7-1985 de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local y el Derecho disciplinario de los funcionarios policiales o del servicio público de seguridad ciudadana (arts. 8.3 y 28.4 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, sobre Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado. La mayor incidencia sobre la institución estudiada la ha producido, sin duda, la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, por la amplitud del campo que cubre su regulación especial; campo que abarca todos los supuestos de implicación de un derecho fundamental sustantivo cualquiera que sea la legislación aplicada por la Administración, así como los derivados de la invocación legítima del derecho general a la tutela judicial efectiva, capaz de proyectarse sobre cualquier actuación administrativa. Por ello, puede decirse que la regulación especial de dicha Ley es, hoy, prácticamente una regulación general alternativa de la técnica de la suspensión. De hecho, en ella se contienen ya los elementos que

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

deberían integrar el nuevo y definitivo régimen ordinario de la misma.

En cualquier caso, el efecto combinado de la búsqueda por la jurisprudencia de las soluciones más adecuadas y la introducción por vía legislativa de las aludidas regulaciones especiales (con repercusión de éstas, a su vez, sobre la jurisprudencia, sin que ésta encuentre en el ordenamiento una orientación global sobre la institución) está siendo una cierta confusión e inseguridad en el manejo y aplicación de ésta, productores de un evidente quebranto de su economía, medida a la luz del sistema constitucional de valores. Ejemplo bien ilustrativo es el de las sanciones disciplinarias, ámbito en el que juega desde luego el derecho a la tutela judicial efectiva, pero indudablemente matizado por el estatuto funcionarial (al que el funcionario queda sujeto por un acto enteramente voluntario) y la exigencia constitucional de eficacia de la Administración. En este ámbito, la jurisprudencia, con acierto, ha extraído todas las consecuencias de aquel derecho fundamental, pero sin poder incorporar a la solución así obtenida los elementos correctores y complementarios necesarios para evitar una injustificada pérdida (siquiera sea provisional) de funcionalidad en la Administración (elementos correctores que sí juegan, con idéntico carácter cautelar, en el orden penal). La causa radica en la ausencia de capacidad reactiva suficiente del legislador, ante la multiplicidad y diversidad de los requerimientos de innovación de la evolución del Ordenamiento tras la Constitución.

La falta de una reconsideración legislativa de la institución analizada está conduciendo, en definitiva, a una excesiva sobrecarga de la vigente regulación de ésta, de suerte que es apreciable un significativo e indebido protagonismo del juez, forzado a decidir en vía de tutela cautelar sin pronunciamiento previo de la Administración (no sustituible válidamente por las alegaciones del Letrado del Estado, que nunca podrán equipararse a una ponderación por la organización de las necesidades del servicio público o del interés general). Parece claro que la oportunidad en la tutela preventiva de los bienes litigiosos (tutela, por cierto, cuya evolución debería por lo menos acompasarse a la de la definitiva, sin que parezca tan perentoria la adecuación del proceso contencioso-administrativo a las exigencias de la tutela judicial efectiva) no justifica la quiebra del principio del carácter revisor del control judicial. Aquí justamente este principio encuentra hoy la justificación material atendible de la necesidad de que la Administración pondere explícitamente la repercusión para el interés público de la eventual medida cautelar; ponderación que, como queda dicho, no puede ser sustituida por un trámite procesal de alegaciones, ni ser efectuada adecuadamente por el propio juez. El resultado es una situación insatisfactoria en la que no existe garantía sobre el punto esencial de la institución: la valoración, conforme al orden constitucional, de los intereses en conflicto con vistas a su protección cautelar, sí procede.

2. Las líneas básicas de la necesaria nueva regulación de la figura.

Es indudable que el perfeccionamiento obligado de la técnica de la suspensión se sitúa en la línea avanzada, desde la óptica de las garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales, por la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, si bien llevándola a sus últimas consecuencias, conforme ya he señalado en otra ocasión.[7] Sin embargo, la nueva regulación debe descansar en la idea de que dicha técnica es un instrumento al servicio de la protección provisional de los bienes jurídicos litigiosos en tanto se resuelve definitivamente el contencioso judicial que sobre ellos penda y, por tanto, al servicio de la plenitud de la tutela judicial efectiva, que es por sí misma siempre un derecho fundamental. Consecuentemente, el régimen jurídico de la suspensión debe ser, en la mayor medida posible, independiente de la naturaleza y entidad del bien jurídico discutido; características de éste, cuya trascendencia se manifiesta fundamentalmente no tanto en el plano de dicho régimen, cuanto en el de la ponderación concreta en orden al otorgamiento o no de la protección cautelar. En todo caso, tales características podrán dar lugar a especialidades procedimentales (desde los principios de preferencia y sumariedad sentados por el artículo 53.2 de la Constitución), pero no necesariamente en la economía de la suspensión.

El régimen jurídico de ésta habría, pues, de responder a las siguientes ideas fundamentales:

a) La suspensión no es la técnica, sino tan sólo una (si se quiere capital) de las técnicas de la tutela judicial cautelar o preventiva en el contencioso-administrativo. La diversidad de las formas actuales del actuar administrativo impone, en efecto, la habilitación al juez con facultades más amplias y distintas de la suspensiva y la articulación consecuente de ésta en un sistema que le trascienda, en calidad de instrumentos de protección judicial preventiva frente a los actos unilaterales de intervención po-

7. Véase mi obra, *Estado social y administración pública. . .*, ya citada, págs. 290 y ss.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

sitiva requirentes o susceptibles de ejecución forzosa.

El sistema de tutela judicial cautelar ha de partir, así, en su conjunto de la diferenciación entre fuerza de obligar intrínseca a los actos unilaterales por su sola decisión (fuerza de obligar que será diversa en función de la regulación legal de la que los actos traigan causa y de los bienes a los que afecten) y ejecución forzosa de dichos actos (procedente sólo en aquellos supuestos en que la naturaleza del acto lo requiera). Esta diferenciación permite, en efecto, abandonar la confusión actual entre las dos autotutelas administrativas y la regla de la ejecutividad indiscriminada de los actos, incluso de los imperativos.

Quedaría abierta la puerta, de esta forma, al establecimiento de una regla inversa a la actual: los actos administrativos son ejecutivos cuando así motivadamente se decida por la Administración y, en todo caso, lo disponga la ley. La imposición de un pronunciamiento administrativo separado sobre la ejecución y sus términos a la vista de la situación concreta posibilitaría la recuperación del carácter revisor del control judicial en el ámbito de la tutela cautelar. Dicho de otro modo, despejaría la sobrecarga que pesa actualmente sobre el juez, situándolo en su verdadera posición y permitiéndole tener a la vista elementos de juicio adecuados sobre las exigencias, en el caso, del interés público.

El reconocimiento a la impugnación, administrativa y jurisdiccional, del efecto suspensivo de los actos constituye el complemento necesario de la regla anterior. El efecto suspensivo general de los recursos representa, en todo caso y también, una alternativa válida y suficiente a dicha regla, de suerte que, de asumirse efectivamente, permitiría prescindir en efecto de la misma.

b) La suspensión no es ni puede ser, un mecanismo de equilibrio provisional entre poderes jurídicos formalmente considerados, sino entre intereses públicos y/o privados reconocidos por el ordenamiento jurídico y actuados a través de dichos poderes. La perspectiva correcta, pues, es la de la ponderación material de dichos intereses desde el sistema constitucional de valores tal como haya sido precisado válidamente por el legislador ordinario y a la vista de las circunstancias del caso concreto.

c) La ordenación jurídica de la suspensión debe resolver satisfactoriamente la doble tensión dialéctica entre régimen general —regímenes especiales, de una parte, y, dentro de cada uno de éstos en su caso, entre regla general— excepción a la misma, de otra, en tanto que dicha doble tensión es inmanente en la economía misma de la institución.

El régimen general debe pretender abarcar el mayor campo posible, relegando las especialidades a los supuestos verdaderamente justificados. Al propio tiempo, y como contrapartida, ha de tener una estructura lo suficientemente flexible como para permitir amplio margen a la ponderación y, por tanto, soluciones acomodadas a las circunstancias del supuesto concreto. Los regímenes especiales comienzan en el momento del agotamiento de la solución general, a partir de la justificación de la insuficiencia o inadecuación de la misma por exigencias radicales de la materia de que se trate en función de los bienes jurídicos a los que afecta.

d) En el régimen general, la regla debe ser la suspensión y la excepción el alzamiento de la misma, es decir, la ejecución.

En principio, procede la previsión de soluciones especiales —alteradoras de dicha economía— en las siguientes materias:

— En el Derecho sancionador, en general y no sólo en el disciplinario, por razón de la implicación en él del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y de la aplicabilidad al mismo (al ser una manifestación más del poder punitivo del Estado) de los principios informantes del orden penal.

La especialidad radicaría en el reforzamiento de la regla general de la suspensión hasta convertirla en inejecutabilidad del acto sancionador hasta la firmeza del mismo. Desaparecida así la posibilidad de excepción (ejecución de la sanción en sus propios términos pendiente el juicio judicial definitivo), la contrapartida a dicha regla habría de ser en el ámbito administrativo, al igual que en el penal (por congruencia, ya que en aquél se da también la exigencia del interés público de la efectividad inmediata de medidas sobre el acusado), la posibilidad de la ejecución de medidas preventivas o cautelares reequilibradoras en beneficio de dicho interés público. Esta contrapartida, en la actualidad prácticamente inexistente,[8] es especialmente importante, como he

8. La reciente Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, motivada indudablemente por las necesidades específicas del servicio público de seguridad ciudadana y de la disciplina funcionarial en su seno, se ocupe, sin embargo, de las medidas cautelares pendientes del proceso judicial, disponiendo en su artículo 8.3 que "Las medidas cautelares que puedan adoptarse en estos supuestos (sujeción a expediente gubernativo o disciplinario de funcionarios) podrán prolongarse hasta que recaiga resolución definitiva en el procedimiento judicial, salvo en cuanto a la suspensión de sueldo en que se estará a lo dispuesto en la legislación general de funcionarios".

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

destacado ya en otro lugar,[9] en el Derecho disciplinario, pues en otro caso acabaría consagrándose en el mismo una incorrecta ponderación constitucional de los bienes en presencia, por excesiva valoración del derecho a la tutela judicial efectiva en detrimento del estatuto de la función pública y la eficacia de la Administración, en los que está implicado el principio de Estado social. Está jugando aquí un malentendido, que —como para el Derecho de Alemania Federal ha puesto de relieve *W. Wiese*[10]— surge del principio aceptado del goce por los funcionarios de la totalidad de los derechos fundamentales. Esta afirmación no significa, sin embargo, que las modulaciones que al ejercicio de éstos imponga el estatuto funcionarial supongan sin más restricciones o limitaciones indebidas de dichos derechos. El funcionario accede libremente al *status* funcionarial y, por tanto, por acto voluntario asume las consecuencias que se derivan para el ejercicio de sus derechos de tal *status*. Otra cosa significaría aceptar el absurdo de que el ingreso en la función pública se hace sólo *sub conditione* de beneficio pero no de perjuicio, al igual que —en otros planos— equivaldría a admitir que el ejercicio de la libertad de contratar o de contraer matrimonio no produciría el efecto de quedar vinculado por el contrato o el matrimonio, conservando la libertad para contraer las mismas obligaciones o la propia del soltero. En definitiva, el estatuto funcionarial debe suponer y desde luego supone la procedencia de la modulación, siquiera sea cautelar, del derecho a no sufrir más que la ejecución de una sanción firme.

— En los Derechos tributarios, de la seguridad pública y de las situaciones de excepción, formalizadas o no, la economía de la institución debe sufrir también alteración, esta vez en sentido inverso al precedente.

La enumeración de los sectores demandantes de un tratamiento especial está hecha de menor a mayor exigencia en este orden. La especificidad del interés público en el supuesto de actos de liquidación de tributos y cargas públicas en general no precisa ser razonada; el hecho de que la Constitución (artículo 31) entienda preciso consignar expresamente el deber de todos los ciudadanos de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica es de por sí suficientemente elocuente, incluso en el sentido de la peculiaridad de la posición privada frente a la acción tributaria pública. Esta especificidad del Derecho Tributario, cuya objetividad resulta de su existencia en Derecho comparado, justifica una especialidad de régimen en el sentido de la flexibilización de la excepción a la regla de la suspensión por virtud de la impugnación.

Los estados de excepción o necesidad, formalizados (los de alarma, excepción y sitio regulados en la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio), no formalizados (los previstos en el artículo 17 de la Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959 y el artículo 21.1, j) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local) y derivados de la suspensión de derechos a determinadas personas (contemplados en la Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre), significan por sí mismos —sobre la base de las circunstancias extraordinarias de hecho que los motivan— una subversión del orden normal, que inevitablemente tiene que repercutir en la institución analizada en los términos que para cada caso se establezca, pero en el sentido general de la ejecutividad de los actos de la Administración sin perjuicio de su suspensión por el juez.

Finalmente, la peculiaridad de la seguridad pública radica en que, en ella, la acción de la Administración puede exigir inexcusablemente —en beneficio del orden y la paz públicos— órdenes requirentes de inmediato cumplimiento y, por tanto, de ejecución forzosa o coactiva inaplazable. La integridad de aquellos bienes públicos y el peligro que corre en caso de mora en su satisfacción fundamentan igualmente la especialidad consistente en la ejecución como regla, sin perjuicio de la posibilidad de la suspensión administrativa o judicial de la misma.

— El Derecho de la organización y de las relaciones entre las administraciones públicas plantea el problema en términos sustancialmente diferentes.

En la disposición de la Administración pública sobre su propia organización está implicado primariamente el interés público y, específicamente, el principio constitucional de eficacia en la acción administrativa, que traduce —en este plano— el más elevado de Estado social. Cierto que las decisiones organizativas extravasan la llamada esfera interna para afectar a los administrados, pero ello no enerva la afirmación interior, que puede otorgar fundamento bastante a la inversión de la economía

9. En mi obra, *Estado social y administración pública. . .*, ya citada, pág. 294.

10. W. WIESE, *Beamtenrecht*, Ed. Carl Heymanns Verlag KG, Colonia 1982, 2.ª Ed., págs. 23 y ss.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

general de la tutela judicial preventiva. La razón última es bien evidente: son de diferente magnitud los trastornos que para el interés público y el privado pueden resultar normalmente de la suspensión de medidas organizativas.

Mucha mayor peculiaridad presentan las relaciones entre las administraciones públicas, sencillamente porque en ellas el conflicto y la contraposición tienen lugar exclusivamente entre intereses públicos diversos, sobre todo cuando se trata de administraciones territoriales cuya articulación debe producirse en función del principio de autonomía. En este supuesto, es claro que la economía de la institución de la tutela judicial preventiva debe ser específica.

No ha sido preciso aclarar, dada su obviedad, que lo hasta aquí dicho vale únicamente para los actos en sentido estricto y no para las disposiciones administrativas de carácter general. La aplicación de la técnica de suspensión preventiva a las normas administrativas requiere un tratamiento peculiar conforme con la naturaleza de éstas. Pues la suspensión tiene un alcance mayor y distinto en el caso de normas que en el de simples actos. La trascendencia general, aunque temporal, de la medida cautelar y el cuestionamiento no ya de la pertinencia de la ejecución de una previa decisión en un asunto concreto, sino de la vigencia efectiva de una disposición, abogan sin más por la reducción de la suspensión a la categoría de excepción. Cierto que la solución no debe ser única, procediendo distinguir entre las distintas clases de reglamentos y, fundamentalmente, entre los independientes y los ejecutivos, de un lado, y los que precisan para su cumplimiento de actos aplicativos y los que deben ser cumplidos directamente —sin tal requisito— por los particulares, de otro. La primera distinción, conduce a postular la solución más restrictiva en orden a la posibilidad de suspensión para los reglamentos ejecutivos, toda vez que dicha suspensión afecta, a través de éstos, a la efectividad de la ley formal objeto de desarrollo y ejecución. La segunda clasificación permite matizar, en tanto que sólo para los reglamentos cuyo cumplimiento no requiera la intermediación de un acto resulta perentoria la aplicación de la técnica cautelar.

IV. LAS MEDIDAS PROVISIONALES EN ORDEN AL ASEGURAMIENTO DE LOS BIENES LITIGIOSOS, PIEZA INDISPENSABLE DEL SISTEMA DE TUTELA JUDICIAL CAUTELAR

En su momento quedó denunciada la insuficiencia de la técnica de la suspensión para alcanzar hoy una adecuada armonización de los contradictorios requerimientos derivados de la simultánea condición de la Administración como poder público actuante y sujeto justiciable. Dicha técnica deja, en efecto, fuera de su cobertura múltiples supuestos: desde todo el amplio campo de la inactividad administrativa hasta el complejo y frondoso mundo de las formas de actuación administrativa no imperativa, interventoras o limitadoras, pasando por los actos puramente negativos y la variada gama de actos prestacionales o de fomento sujetos a condiciones. Para el extenso campo de la intervención administrativa consistente en la sujeción de actos o actividades a previa autorización la apuntada insuficiencia de la suspensión ha sido puesta de relieve por el Auto de la Sala 3.ª de la Audiencia Territorial de Madrid de 18 de noviembre de 1982 (tomando pie en un Auto de la Sala 4.ª del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1978) al señalar:

"Que la petición. . . (de suspensión) debe ser desestimada por una razón fundamental, cual es la de que la Sala estima que en el presente caso, y *al ser los actos impugnados actos negativos, no es aplicable el artículo 122 de la Ley Jurisdiccional.* En efecto, *el mecanismo de la suspensión está dirigido contra aquellos efectos de un acto administrativo que vienen a producir una alteración material en la situación existente, . . .; si el acto administrativo no viene a alterar nada, entonces parece claro que nada hay que suspender; y esto es lo que ocurre con los actos negativos, que se limitan a denegar una solución sin producir la alteración material a que antes nos referíamos,* y que no cambia nada en la situación existente. . .".

Nótese el radical desenfoque que produce en estos casos la técnica de la suspensión: como no hay efecto positivo alguno susceptible de ser suspendido, no existe necesidad de medida tutelar cautelar. Que ello no es así, justamente en un esta-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

dio avanzado del Estado social por la progresión de la intervención social de la Administración, no precisa mayor demostración. Justamente el acto de denegación (amén de la inactividad) puede producir daños y perjuicios tanto o más graves. Basta pensar en las denegaciones de despacho en aduanas de bienes perecederos, las denegaciones de autorización de elevaciones de precios en el régimen de productos con precios intervenidos, las desestimaciones de revisiones de precios (para el restablecimiento del equilibrio económico) en el curso del cumplimiento de contratos administrativos, las desestimaciones del acceso o disfrute de prestaciones de servicios públicos, las denegaciones de reconocimiento de derechos económicos (en particular, de prestaciones sociales por jubilación, invalidez, viudedad, etc. . .) y, en el inmenso campo de la gestión urbanística, las denegaciones de aprobación de instrumentos de actuaciones urbanísticas o de autorización de edificaciones, así como de recepción de servicios urbanísticos realizados por particulares.

La ausencia, pues, de cualquier otro mecanismo distinto de la suspensión en manos del juez en orden al otorgamiento de la tutela cautelar o preventiva en el ámbito del contencioso-administrativo merece desde luego la calificación de verdadera deficiencia en este punto del Derecho positivo español. Esta deficiencia no puede justificarse en un supuesto condicionamiento por los principios del sistema administrativo,[11] pues el Derecho francés, de cuyos principios trae causa el español, conoce pacíficamente el apoderamiento al juez con facultades más amplias en vía de *constat d'urgence* o de *référé. El constat d'urgence* es un procedimiento simple y de alcance limitado, que tiene como único presupuesto la existencia de una situación de urgencia, es decir, que suponga riesgo de producir un daño irreparable (sin exigencia de existencia de un contencioso gubernativo o judicial). Dándose tal presupuesto, el juez queda habilitado para adoptar medidas circunscritas a la comprobación de hechos. Por el contrario, el *référé* es un procedimiento más complejo y de mayor alcance, siendo su presupuesto idéntico al de la vía del *constat* (si bien precisado en términos de una cierta formalización de una contienda o litigio entre partes). En trámite contradictorio, pero sumario, abre al juez la posibilidad de establecer tanto medidas de instrucción (formulación de una pericia, por ejemplo) como medidas provisionales o de conservación de los bienes, si bien dichas medidas en ningún caso podrán prejuzgar el fondo del litigio.

En Alemania Federal, el sistema de tutela judicial preventiva se compone, con fundamento en el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 19.4 de la Ley Fundamental de Bonn, de la técnica de suspensión complementada por la posibilidad de la adopción de medidas provisionales. La relación entre estas dos piezas se articula calificando a la primera de *lex specialis* (que, por tanto, prevalece, tiene primacía) y reservando la segunda para el campo no cubierto por aquélla. Las medidas se instrumentan, a través de un procedimiento contradictorio y sumario, mediante la llamada *Einstweilige Anordnung* u orden provisional regulada en el 123 de la *Verwaltungsgerichtsordnung* de 21 de enero de 1960. La orden procede en dos supuestos: el de precisión del aseguramiento de derechos en peligro y el de necesidad de establecimiento de una situación o regulación provisional; supuestos que son intercambiables. Presupuesto común indispensable para la adopción de la orden provisional por razón de cualquiera de ellos es una necesidad de protección judicial que no pueda ser satisfecha por medio o procedimiento jurídico más directo y expeditivo (de lo que resulta la exclusión de los casos en que exista un título ejecutivo, una sentencia o un acto administrativo firmes o la simple posibilidad para la Administración de conseguir el objetivo perseguido mediante el dictado de actos administrativos). La orden que obedezca al aseguramiento de los bienes jurídicos en presencia sólo puede producirse cuando se trate de verdaderos derechos subjetivos (sean públicos o privados), mientras que a la de ordenación de una situación provisional basta la existencia de una relación jurídica litigiosa (se entiende por tal, especialmente, las resultantes o derivadas de cualquier *status* jurídico, de la formulación de peticiones o reclamaciones a la Administración y de convenios, contratos o transacciones). El contenido de la orden no aparece prefijado, en ninguno de los dos casos, por la ley, quedando al prudente arbitrio del órgano judicial, con el único límite de la imposibilidad del otorgamiento a través de la misma de aquello que no pueda conseguirse por vía principal (límite que se descompone en los más concretos siguientes: impo-

11. Sobre el estado de la cuestión en los países de las Comunidades Europeas (antes de la integración española y portuguesa), véase M. FROMONT, *La protection provisoire des particuliers contre les décisions administratives dans les États membres des Communantés européennes*, RISA núm. 4/1984, págs. 309 y ss.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

sibilidad de adopción de órdenes prohibidas o no autorizadas por la ley, improcedencia de la sustitución de la Administración, por esta vía, en el ejercicio de facultades discrecionales; prohibición de la emanación directa por el juez de actos administrativos; interdicción de órdenes a terceros ajenos al procedimiento e imposibilidad de prejuzgar la cuestión principal).

Por lo que hace al Derecho español, el ejemplo francés (su modelo básico) demuestra sin más que el apoderamiento al juez con facultades de disposición preventiva sobre la situación de los bienes objeto de contencioso no contradice ni cuestiona los fundamentos del sistema administrativo, y el alemán occidental —en el que las medidas provisionales judiciales se constituyen como una consecuencia obligada del derecho fundamental a una tutela judicial efectiva; derecho consagrado en términos en todo equivalentes a los de la Constitución española— descubre, además, su condición de exigencia para la conformidad al orden constitucional y la complitud de dicho sistema. Esta aseveración puede hacerse de forma tanto más concluyente, cuanto que

a) Al Derecho español no le es desconocida la técnica. Junto a otras figuras cautelares que pueden actuarse en el proceso civil, conoce el aseguramiento judicial de los bienes litigiosos (arts. 1419 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y, dentro de la misma y además de la intervención judicial de los mismos, la de adopción por el juez de las medidas necesarias, según las circunstancias, para asegurar en todo caso *la efectividad de la sentencia* que en el juicio correspondiente recayere.

La unidad del Poder Judicial y, por tanto, de su contenido; la plenitud del sometimiento de la Administración a la ley y al Derecho, es decir, de su justiciabilidad; y, finalmente, el mayor riesgo que, en su integridad pendiente el proceso, corren los bienes litigiosos en el ámbito administrativo por la dinamicidad propia de su materia y las prerrogativas que puede actuar una de las partes en la relación jurídico-administrativa, abogan claramente en favor de la extensión de la técnica al control judicial de la Administración.

b) Al propio Derecho Administrativo no le es totalmente ajena la idea de la protección cautelar. El artículo 72 de la Ley de Procedimiento Administrativo contiene, ya desde 1958, aunque ciertamente desde otra perspectiva, una habilitación en favor de la Administración para adoptar las medidas que estime oportunas a fin de "asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer" en el correspondiente procedimiento; medidas que, como han precisado J. González Pérez y Vivancos[12] a la falta de expresa previsión por el propio precepto, pueden establecerse tanto de oficio como a instancia de parte.

Su régimen jurídico es ciertamente flexible, estando determinado exclusivamente por dos reglas básicas: su adopción requiere la existencia de elementos de juicio suficientes (elementos que posibiliten evaluar debidamente la pertinencia y el alcance de las medidas) y su contenido es libremente configurable (al no estar positivamente predeterminado) sin otro límite que la prohibición de producción de perjuicios irreparables a los interesados y de violación de derechos amparados por la ley (la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de febrero de 1984 ha concretado, tras la Constitución, que la acción ejecutiva de la Administración debe respetar desde luego los derechos fundamentales; el artículo 108 de la Ley de Procedimiento Administrativo contiene similar precisión para el supuesto de la ejecución administrativa de obligaciones personalísimas).

Curiosamente, se trata de una regulación de escasa si no nula vigencia práctica. La razón, aparte la perspectiva específica a la que obedece (el aseguramiento de la actividad administrativa y no la protección provisional de los bienes jurídicos en presencia), no es, sin embargo, difícil de establecer. En los procedimientos dirigidos a un primer pronunciamiento sobre la cuestión de fondo no existe hasta la resolución definitiva intervención administrativa (por acción u omisión) sobre la que puedan articular los interesados una petición de medidas provisionales sin que —de otro lado— la Administración tenga de ordinario precisión de adoptar de oficio las mismas y siendo, en otro caso, innecesario acudir a su regulación general, por la disciplina específica que de tales medidas suele contener el ordenamiento sectorial de la materia en que resulten desde luego pertinentes (la suspensión provisional del funcionario en el caso del Derecho disciplinario, por ejemplo). Y en los procedimientos incoados por razón de la impugnación de actos (recursos), tales medidas quedan ya circunscritas *ex lege* —como se ha visto ya— a la suspensión de la ejecución de dichos actos.

---

12. J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*, Ed. Civitas, Madrid 1977, comentario al artículo indicado; VIVANCOS, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*, Barcelona 1959, págs. 124 y 125.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

En verdad, pues, en el ordenamiento positivo preconstitucional español se daban ya los elementos precisos para el desarrollo de una tutela judicial plena, comprensiva de facultades provisionales operativas; elementos que podían haberse actualizado con relativa facilidad sobre la base del carácter revisor de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Dando por supuesta la comprensión en el artículo 72 de la Ley de Procedimiento Administrativo de la finalidad protectora de los bienes implicados, la tutela provisoria de los mismos por la Administración habría conducido por sí sola a su reconocimiento (vía revisión) en favor de los Tribunales. De ahí a la afirmación del apoderamiento de éstos con facultades de tutela cautelar habría mediado sólo un paso. La dificultad insalvable para semejante desarrollo ha radicado sin duda en que en el control judicial de la Administración española, no obstante serlo para el amparo de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos por un orden judicial especializado, pesa aún sobremanera la idea sobre la que reposa el sistema francés: la finalidad básica es la del aseguramiento del respeto de la legalidad por la Administración y, por tanto, la concepción objetiva del contencioso-administrativo; concepción ésta que, sumada a la construcción de dicho contencioso sobre el principio impugnatorio, lleva a centrar el control judicial en la figura del acto administrativo y, más concretamente, del acto imperativo y ejecutorio, con la consecuencia de la reducción de la tutela cautelar a la técnica de la suspensión.

No parece, pues, cuestionable que la acomodación al orden constitucional (y, específicamente, a los artículos 24.1 y 117.3 del texto fundamental) del actual régimen del control judicial de la Administración pública deba consistir, en punto a la protección jurídica preventiva, en la incorporación al sistema de las llamadas medidas provisionales, así como tampoco que esa acomodación pueda cumplirse perfectamente sobre el modelo del orden judicial civil y la extensión al contencioso-administrativo de lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley de Procedimiento Administrativo (entendido ya como regulación de la protección jurídica provisional de los bienes jurídicos afectados por la actuación administrativa).

La regla de la indispensabilidad de la existencia de elementos de juicio bastantes, de la que este último precepto legal hace depender la posibilidad misma de la válida adopción de las mismas provisionales, arroja luz sobre un rasgo esencial de la tutela cautelar (su condición de instrumento de protección sustantiva, aunque provisional, de los bienes jurídicos objeto de contencioso) y, por tanto, de un riesgo cierto que acecha a la institución: el de distorsión del carácter revisor del control judicial de la Administración y, consecuentemente, del principio de no sustitución de ésta por el juez. Porque en la tutela cautelar, como en la definitiva, este último tiene que pronunciarse sobre las exigencias legítimas, del interés público, valorando —en lo que ahora importa— esas exigencias, en relación con los derechos o intereses privados en conflicto, conforme a la legislación aplicable, manejada e interpretada y aplicada, a su vez, a tenor del orden constitucional. Por su posición institucional, separación radical de la Administración, vinculación al proceso y función dirigida a la justicia del caso concreto, el juez carece por sí mismo del conocimiento adecuado y suficiente de las circunstancias, los problemas y los requerimientos de los distintos servicios públicos, por lo que precisa —para su correcta valoración— de la aportación de los pertinentes elementos de juicio al proceso para su enjuiciamiento independiente y singularizado (que es lo que caracteriza su cometido). Mientras en el juicio definitivo su sustanciación tras la instrucción acabada de un entero procedimiento administrativo asegura dicha aportación (o, al menos, su posibilidad), no sucede otro tanto necesariamente en el cautelar. Así, pues, cuando la Administración no ha tenido ocasión (que será lo normal) de pronunciarse sobre la procedencia de medidas provisionales, los solos mecanismos procesales (audiencia del Letrado del Estado o de quien ostente la representación y defensa de la Administración) no proporcionan un sustitutivo adecuado por razones obvias. De ahí que, para tal supuesto, el otorgamiento de una protección judicial cautelar deba hacerse depender de una audiencia directa —en plazo perentorio— de la Administración titular del servicio o gestora del interés público afectado, como única vía adecuada para una inserción coherente de dicha protección en el sistema del control judicial de la Administración pública (así sucede ya, sólo que para la aplicación de la medida de suspensión, en la regulación establecida por el artículo 7 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona: de la solicitud de suspensión no sólo ha de darse traslado al Ministerio Fiscal y al Letrado del Estado, sino que también ". . .se requerirá al órgano de que dimane el acto impugnado para que en el plazo de cinco días pueda(n) informar de la solicitud de suspensión").

La actual regulación procesal civil (así como la administrativa) del ámbito de la tutela cautelar se acomoda perfectamente a los requerimientos de esta última en lo contencioso-administrativo: las medidas provisionales necesarias, según las circuns-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

tancias, a la efectividad de la sentencia. Permite, en efecto, por su flexibilidad una configuración de la tutela concreta adaptada a las características de cada caso. La mejor técnica para cotar el ámbito de dicha tutela consiste en la fijación por vía negativa de sus límites, tal cual sucede en Derecho comparado. Tales límites, perfectamente identificados ya, por ejemplo, en el Derecho germano-occidental, se reconducen, en definitiva, a la prohibición del otorgamiento por vía cautelar y, por tanto, con carácter provisional de lo que en ningún caso podría ser concedido con carácter definitivo y en vía principal. El límite específico ya identificado en Derecho español tanto por la Ley de Procedimiento Administrativo (art. 72) como por la jurisprudencia constitucional, de interdicción de toda violación de derechos subjetivos, especialmente los fundamentales, debe desde luego asumirse, pero con matizaciones. No es inusual, en efecto, que en una operación administrativa concurran dos o más derechos o intereses privados en situación de conflicto o contradicción (así sucede en el caso de las funciones administrativas llamadas arbitrales y de los actos administrativos con doble efecto o *Doppelwirleung*). Las medidas provisionales, para ser operativas, tienen pues forzosamente una incidencia en los derechos o intereses en presencia. La clave de su legitimidad no está, así, en la regla indiscriminada de la interdicción de la violación de los mismos, cuanto en que sean traducción fiel de una correcta ponderación en el doble plano del interés general interés privado, de un lado, y de los derechos e intereses privados en conflicto, de otro, sobre la base en último término del sistema constitucional de valores.

* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

LA EJECUCIÓN DE LAS DECISIONES DEL JUEZ ADMINISTRATIVO

MICHEL FROMONT*

I. A primera vista, la ejecución de las decisiones del juez administrativo es evidente: ¿no son decisiones judiciales como las otras? Sin duda, se producen contra un órgano del Poder Ejecutivo, pero ¿no es verdad que hay separación de poderes en todos los países occidentales? De hecho, las decisiones del juez administrativo tienen a la vez autoridad de cosa juzgada y fuerza ejecutoria.

Sin embargo, las dificultades para su aplicación son numerosas. Esto se debe al hecho de que se considera que la administración actúa en el bien de todos y al hecho de que ella ha reivindicado con éxito diversos privilegios que se oponen a la aplicación pura y simple de las reglas aplicables a la justicia civil. Esta observación vale también para los países que tienen el sistema de "common law" como Inglaterra y que, en principio, confían el conocimiento del juicio contencioso administrativo al juez de Derecho común. En los países regidos por los principios del Derecho romano, los obstáculos son aún más importantes, pues el poder ejecutivo siempre ha tenido la tentación de identificarse con el Estado. Al menos, conviene distinguir entre estos países, aquellos que han instituido la justicia administrativa dentro del Poder Ejecutivo, como Francia, y aquellos que la han instituido dentro del Poder Judicial, como Alemania.

II. En Francia, la justicia administrativa se desarrolló durante el Antiguo Régimen al amparo del Rey: ¿no eran las formaciones llamadas a conocer de lo contencioso de la administración una sección del Consejo del Rey y de los colegios establecidos al lado de cada uno de los intendentes de administración? Aún hoy día, el Consejo de Estado y los tribunales administrativos, procedentes de los antiguos consejos de prefectura, se consideran como parte integrante del Poder Ejecutivo, aun cuando administran la justicia con toda independencia.

Esta pertenencia al Poder Ejecutivo no era favorable a la atribución de prerrogativas típicamente judiciales, como el poder de ordenar la ejecución forzosa de las decisiones y de las sentencias. Es por esa razón que las técnicas empleadas para asegurar el respeto de éstas fueron durante mucho tiempo de carácter empírico y fragmentario; en definitiva, todo descansaba en la autoridad moral del Consejo de Estado, que como se recuerda, fue el único juez de Derecho común en materia administrativa hasta 1954. Pero sólo desde hace algunos años aparecen algunas técnicas tomadas del Derecho judicial, como las cláusulas penales. Pero procedimientos de carácter extrajudicial se han desarrollado conjuntamente de tal modo que el sistema francés aparece hoy día más como el resultado de las casualidades de la historia que como una construcción perfectamente lógica y coherente.

Alemania ha seguido un camino bastante distinto. Habiéndose encontrado en la confluencia de las influencias inglesa y francesa, Alemania primero manifestó su preferencia por el principio del juez judicial, el juez de Derecho común de la acción administrativa. Luego a partir de 1863, se crearon jurisdicciones especializadas en los asuntos administrativos que contrariamente al Consejo de Estado de

* *Profesor de Derecho Público en la Universidad de Dijon. Director del Instituto de Derecho Comparado de Dijon.*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Francia, nunca tuvieron competencia consultativa y por esta razón, se fueron alejando progresivamente de la administración activa. Particularmente, la concepción subjetiva del proceso administrativo alemán, proceso entre las partes, condujo bastante de prisa estas jurisdicciones a adoptar cada vez más los métodos de las jurisdicciones civiles. La voluntad de reaccionar contra la dictadura nazi tenía que conducir a los autores de la constitución de la República Federal Alemana a tomar una decisión, en 1949: las jurisdicciones administrativas serían distintas de las jurisdicciones civiles y penales, pero en adelante formarían parte del mismo poder, el Poder Judicial. Esta decisión de principio de carácter esencialmente simbólico, tenía que producir una aceleración en la evolución, de manera que el sistema alemán actual ha hecho desaparecer considerablemente las diferencias entre estas dos categorías de jurisdicciones, hasta el punto de que el capítulo 8 del Código de Procedimientos Civiles, relativo a la ejecución de las sentencias, fue declarado aplicable, salvo excepciones, a la justicia administrativa por el artículo 167 de la Ley de 1960 sobre los tribunales administrativos. Es por esa razón que los procedimientos tendientes a asegurar la ejecución de las sentencias administrativas son, en Alemania, de carácter judicial. Veremos sin embargo, que muchas lagunas subsisten, por el hecho mismo de que el acto administrativo no es un acto jurídico como cualquier otro.

III. A fin de que las decisiones del juez administrativo no se conviertan en letra muerta, los sistemas francés y alemán se han esforzado por dar el último toque a la vez a las medidas preventivas, las medidas de coacción y las medidas represivas.

Primero la prevención: es importante que las obligaciones que incumben a la administración con motivo de una decisión de la justicia administrativa, sean a la vez fáciles de satisfacer y perfectamente determinadas. Ahora bien, vamos a ver precisamente, en una primera parte, que los sistemas jurídicos francés y alemán, han tratado efectivamente este problema, pero no lo han resuelto todavía sino de una manera imperfecta. Ahora bien, como lo han mostrado de manera excelente los trabajos de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, la solución a este problema es de una importancia capital.

Luego, la coacción: la resistencia eventual de los órganos de la administración en ejecutar las decisiones del juez debe ser vencida. El Derecho alemán fue el primero en tratar este problema y desde hace algunos años, el Derecho francés se ha orientado en la misma dirección. Veremos que algunas lagunas subsisten, sea por la imprecisión o la amplitud de las obligaciones que incumben a la administración, sea por los privilegios que detenta todavía la administración.

Y finalmente, la represión: si la resistencia no es vencida en un plazo razonable, algunas sanciones deben intervenir. Estas son difíciles de organizar y aún comportan algunas lagunas, tanto en Francia como en Alemania. Sin embargo, aquéllas tienden más bien a desarrollarse, a fin de que su sola existencia invite a los responsables a respetar la cosa juzgada.

Estudiaremos así sucesivamente la prevención de la no ejecución de las decisiones judiciales, antes de estudiar las medidas coactivas y represivas.

PRIMERA PARTE
LA PREVENCIÓN DE LA NO EJECUCIÓN DE LAS DECISIONES DEL JUEZ ADMINISTRATIVO

La mayoría de los casos de no ejecución no son a causa de una voluntad deliberada de desconocer la autoridad de la cosa juzgada, sino más bien a causa de las dificultades que se encuentran en la ejecución de las sentencias por la misma autoridad administrativa. Estas dificultades son dos principalmente: por una parte, es a menudo difícil, incluso casi imposible, borrar completamente la situación errada por una decisión anulada y es para evitar este inconveniente que tiende a desarrollarse la protección provisional de los demandantes; por otra parte, las obligaciones que incumben a la administración carecen a menudo de precisión, aun cuando algunos esfuerzos han sido intentados para determinar con mayor rigor dichas obligaciones y para informar de ellas a las autoridades responsables.

A. La protección provisional de los demandantes.

A esos dos problemas está consagrado el desarrollo que sigue. Sin duda alguna, en teoría pura, el juicio de anulación produce por sí mismo todos sus efectos: el acto anulado es destruido y aún retroactivamente. Mejor dicho, no necesita medidas ejecu-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

tivas. Pero, si el acto anulado fue aplicado durante el tiempo que transcurrió entre su promulgación y su anulación, es a menudo muy difícil para la administración, sacar las consecuencias lógicas de esta desaparición retroactiva. Efectivamente, no es fácil remontar el tiempo y borrar de cierta manera, los acontecimientos que de hecho se produjeron. La administración trata de invocar estas dificultades, muy semejantes a la imposibilidad absoluta, para no ejecutar la decisión, e incluso como ocurre en Francia, para pedir a la ley que convalide el acto anulado.

Es con ese propósito que el legislador alemán en 1960 enunció el principio del efecto suspensivo del acto de anulación y del recurso administrativo que constituye su condición previa obligatoria (Widerspruch, párrafo 80). De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Administrativa Federal, este efecto suspensivo no está dirigido al acto mismo sino a las medidas subsecuentes: por ejemplo, en vez de la destitución de un funcionario, serían las decisiones subsiguientes de no pagarle el sueldo o de impedirle que ejerza sus funciones. Esta idea de que sólo se opone a la aplicación de la decisión impugnada explica también que las decisiones negativas, es decir, las que se rehúsan a conceder una ventaja que ha sido solicitada, no se ven implicadas dentro de los principios del efecto suspensivo.

Evidentemente, las reglas del efecto suspensivo no son ni generales ni absolutas. Por un lado, las decisiones urgentes de las autoridades de policía y las decisiones de la administración fiscal no están regidas por ese efecto. Por otro lado, la administración puede desechar el efecto suspensivo por una decisión motivada "cuando el interés público o el interés mayor de una parte exige una ejecución inmediata del acto". Sin embargo, cuando el efecto suspensivo es desechado por la ley o por la administración, el tribunal administrativo competente para resolver sobre el fondo, puede ordenar la suspensión de la ejecución atendiendo la solicitud del demandante. Siguiendo la jurisprudencia, debe ordenarlo cada vez que, tanto el éxito como el fracaso del recurso son probables, y que la ejecución del acto causaría un perjuicio importante al demandante. A pesar de esta interpretación extensiva de sus poderes, el juez administrativo no ha llegado nunca a paralizar la acción de la administración y la falta de ejecución de numerosas decisiones impugnadas judicialmente, ha tenido indiscutiblemente como efecto el hacer menos agudo el problema de la ejecución de las sentencias que anulan retroactivamente un acto administrativo.

En el Derecho francés, el principio del efecto suspensivo no sólo no ha sido introducido, sino que también la legislación sobre la suspensión que debe ejecutarse, ha sido interpretada de manera muy restringida por el Consejo de Estado, a pesar de los esfuerzos de los tribunales administrativos para adoptar una actitud más favorable para el sujeto a la jurisdicción. Por su lado, el legislador ha multiplicado recientemente los casos en los cuales el otorgamiento de una suspensión ya no está subordinado a la existencia de un perjuicio irreparable y al carácter serio de las posibilidades de éxito de la solicitud de anulación, sino sólo a la primera de estas condiciones (Ley del 16 de julio de 1976 relativa a la protección de la naturaleza; Ley del 12 de julio de 1980 sobre los expedientes públicos, especialmente con el propósito de lograr una expropiación).[1] Además, el Consejo de Estado se opone frecuentemente a la ejecución de las decisiones de los tribunales administrativos que declaran la anulación de actos administrativos, apelados ante él, al pronunciar en su contra una suspensión de ejecución. Esta actitud del Consejo de Estado es objeto de numerosas críticas cada vez más agudas en Francia, pues conduce al debilitamiento de la autoridad moral de los jueces administrativos en primero grado.

B. La determinación de los efectos de las sentencias.

Muy a menudo, aun cuando es de buena fe, la autoridad administrativa ignora las obligaciones exactas que le incumben por una decisión judicial que no le da la razón. Los derechos francés y alemán se han esforzado por mejorar esta situación pero esos esfuerzos son aún insuficientes, incluso en Alemania donde han sido bastante favorecidos.

En *Francia,* la situación es sencilla pero poco favorable para una buena ejecución de las decisiones del juez por exceso de poder. Efectivamente, la decisión atacada ya sea explícita (positiva o negativa) o implícita (por regla general, el silencio guardado durante cuatro meses después de la presentación de una demanda), es pura y simplemente anulada; el juez no está obligado a definir las consecuencias que implica la anulación. Sin embargo, a

1. PORCELLE, *La suspensión de la ejecución como centro del debate sobre el alcance de las decisiones del juez administrativo,* AJDA, 1984, pág. 149.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

veces lo hace como lo hizo en la célebre decisión Rodière (26 de diciembre de 1925), pero estos casos son, en la práctica, poco frecuentes, pues al Consejo de Estado le gusta repetir que no puede dirigir órdenes terminantes a la administración ni substituirse a ella para tomar decisiones.

Para remediar esta situación, el Derecho francés ha previsto el recurso a procedimientos extrajudiciales que resultan bastante eficaces en la práctica.

En primer lugar, según los artículos 58 del decreto del 30 de julio de 1963 y 23 bis del decreto del 28 de noviembre de 1953 (introducido en ese decreto por el decreto del 28 de enero de 1969), "los ministros interesados tienen la facultad de pedir al Consejo de Estado que instruya a la administración sobre las modalidades de ejecución de su decisión" o de la sentencia de un tribunal administrativo. Se puede hacer notar que esta posibilidad se ofrece sólo a los ministros y no a los órganos dependientes de las colectividades territoriales como las municipalidades (lo que es deplorable). En ese caso, la Sección de Informe y de Estudios del Consejo de Estado debe dar las recomendaciones sobre la manera de ejecutar la decisión judicial.

Por lo demás, los mismos textos autorizan al vicepresidente del Consejo de Estado o al presidente de la Sección de lo Contencioso a someter igualmente a la Sección de Informe y de Estudios el problema de la ejecución de una decisión judicial, por lo menos cuando ésta emana del mismo Consejo de Estado (artículo 58 del decreto del 30 de julio de 1963). Sin embargo, en la práctica, estas dos posibilidades se dan rara vez de manera conjunta.

En cambio, existe una tercera posibilidad de hacer a intervenir la Sección de Informe y de Estudios del Consejo de Estado, la cual es utilizada frecuentemente. Efectivamente, según el artículo 59 del decreto del 30 de julio de 1963 y el artículo 23 bis del decreto del 28 de noviembre de 1953 (introducido en este decreto por el del 28 de enero de 1969), "los demandantes pueden, al vencerse el plazo de 3 meses a partir de la fecha en la cual ha sido notificada una decisión favorable aunque parcial, indicar a la Sección de Informe y de Estudios las dificultades que tienen para obtener la ejecución de esta decisión". El vencimiento del plazo no es exigido para las decisiones que establecen la suspensión de la ejecución; esta derogación está evidentemente justificada por la urgencia vinculada a toda decisión de suspensión. El número de reclamos que son dirigidos a esta Sección del Consejo de Estado no es despreciable: 300 aproximadamente cada uno, donde el 75% se refieren a la ejecución de juicios de los tribunales administrativos y un poco menos de un 25% a la ejecución de decisiones del Consejo de Estado. En general, los reclamos así llevados ante el Consejo de Estado conducen a una solución satisfactoria del asunto en un plazo que ha sido de un promedio de 7 meses durante el año judicial 1983-84 (Estudios y documentos del Consejo de Estado, 1983-84 p. 283). El propio éxito de este procedimiento de reclamo extrajudicial es la prueba evidente de que, sin la ayuda de las recomendaciones de miembros del Consejo de Estado, la administración ignora a menudo la amplitud exacta de las obligaciones que le impone una decisión judicial.

En muchos aspectos el *sistema alemán* es más satisfactorio que el francés. Sin embargo aún es insuficiente, pues si obliga al juez a precisar él mismo el alcance de las decisiones, en varios casos, no lo hace en otros, y esta omisión no puede ser satisfecha recurriendo a procedimientos extrajudiciales, como sí es posible en Francia.

La Ley de 1960 acerca de los tribunales administrativos quiso crear dos acciones judiciales muy distintas: la acción de anulación de un acto administrativo, y la acción para la emisión de un acto administrativo. Cuando tiene éxito, la acción de anulación (Anfechtungsklage), que normalmente se dirige contra una decisión administrativa que impone una obligación al demandante, conduce a la anulación pura y simple del acto atacado: como en el caso del recurso por exceso de poder francés, la sentencia dictada, en este caso, tiene un efecto de simple casación. Al contrario, la acción para la emisión de un acto administrativo (Verpflichtungsklage), que normalmente se constituye contra un rechazo a un silencio, conduce normalmente a una orden terminante del tribunal dirigida a la autoridad administrativa, cual es la de tomar una decisión que tenga en consideración las concepciones jurídicas desarrolladas en el juicio; si los hechos han sido totalmente establecidos y si la competencia de la administración está comprometida, la sentencia, puede incluso, ordenar a la autoridad administrativa que tome una decisión con un contenido determinado. En el cuadro de esta acción para que se emita un acto administrativo, el alcance de la sentencia está perfectamente claro y no plantea, pues, dificultades de aplicación.

En este sistema legal, las dificultades de ejecución solo pueden darse en el marco de las acciones de anulación. También están atenuadas por el hecho de que a solicitud expresa del demandante, el tribunal que pronuncia la anulación del acto atacado puede igualmente ordenar a la autoridad administrativa que elimine retroactivamente las consecuencias de hecho ocasionadas por el acto en el caso en que

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

éste ha sido ejecutado, es decir, en los casos excepcionales en que la acción no tiene efecto suspensivo (en virtud de la ley o de una decisión especial de la autoridad administrativa, párrafo 113 al. 1). Además cuando el acto administrativo anulado se refiere a una suma de dinero, el juez excepcionalmente tiene el poder de modificar la decisión atacada, él mismo puede modificar el monto de esta suma (párrafo 113 al. 2). La realización de estas dos reglas tiene por efecto borrar en bastante amplitud la distinción de los contenciosos de anulación y de conminación (orden terminante), y, por ende, eliminar la mayoría de las dificultades de ejecución debidas al carácter indeterminado de las obligaciones que corresponden a la autoridad administrativa por el hecho de la cosa juzgada.

Sin embargo, el sistema alemán no explica siempre, con la claridad necesaria, lo que debe hacer la administración que ha perdido un juicio. En efecto, el sistema judicial continúa estando enteramente en torno a la noción de acto administrativo, mientras que debería serlo en torno a la noción de relación jurídica. Así, el alcance de la sentencia continúa muy a menudo siendo definido en relación con la decisión tomada y no en relación con el conjunto de pretensiones jurídicas de las dos partes del litigio.

Hemos estudiado ampliamente la determinación del alcance de las sentencias, pues estamos convencidos de que los principales obstáculos en la ejecución de las sentencias administrativas resultan de la determinación insuficiente de ésta. Sin embargo, la no ejecución puede igualmente resultar de un deseo de las autoridades administrativas de no querer ceder. Es por eso que la coacción y la represión son igualmente necesarias.

SEGUNDA PARTE
LOS MEDIOS DE COACCIÓN Y DE REPRESIÓN

Las autoridades públicas, sean éstas políticas o administrativas, ejecutan normalmente las decisiones del juez administrativo cuando éstas tienen el sentido del respeto del derecho; las jurisdicciones administrativas gozan de una gran autoridad moral y normalmente se hacen obedecer sin dificultad. De hecho, el sentido del derecho en los funcionarios y el prestigio social de los jueces evidentemente son más importantes que todos los instrumentos de coacción y represión establecidos por la ley. Estos no son por eso menos necesarios: aunque su utilización es necesariamente excepcional, la única amenaza de su empleo es susceptible de conducir a las autoridades administrativas a ejecutar con prontitud y totalmente la cosa juzgada.

A. Los medios de coacción.

En *Francia*, los medios de coacción por mucho tiempo han tenido carácter extrajudicial: fue preciso esperar la Ley del 16 de julio de 1980 para que algunos procedimientos judiciales fueran establecidos. Al contrario, en Alemania, el establecimiento de procedimientos de tipo judicial se realizó muy temprano y se hizo completamente después de la integración de las jurisdicciones administrativas en el Poder Judicial por la Constitución de 1949: fue uno de los objetos de la Ley del 21 de enero de 1960 acerca de los tribunales administrativos.

En *Francia,* los medios de coacción durante mucho tiempo han tenido carácter administrativo. Lo son aún hoy día en materia de condena pecuniaria; en este caso, la suma debida al beneficiario de la sentencia debe ser comisionada en los cuatro meses siguientes a la notificación de la sentencia. Si no lo está en ese plazo, el otorgamiento del mandato será efectuado de oficio por la autoridad de tutela, si la administración interesada es una colectividad territorial o un establecimiento público, y la sentencia se considera como un verdadero otorgamiento del mandato, es decir, un título de pago que debe ser ejecutado por el contador de la Tesorería si la administración implicada es estatal (Ley del 16 de julio de 1980).

El sistema francés utiliza igualmente técnicas que sin ser administrativas no dejan de ser extrajudiciales, como la intervención del Mediador, especie de ombudsman a la francesa. Según el artículo 11 de la Ley del 3 de enero de 1973 (tal como fue modificado por la Ley del 24 de diciembre de 1974), el Mediador puede "en caso de no ejecución de una decisión judicial admitida con fuerza de cosa juzgada, ordenar al organismo acusado que se conforme en un plazo fijado por el. Si esta orden no se cumple, la no ejecución de la decisión judicial es objeto de un informe especial... publicado en el Periódico Oficial".

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Este poder de conminación, sin embargo, ha sido ejercido muy rara vez.

Es quizás este relativo fracaso del recurso al Mediador el que explica la introducción de procesos judiciales en la Ley del 16 de julio de 1980. De acuerdo con el artículo 2 de esta Ley, "en caso de no ejecución de una decisión tomada por una jurisdicción administrativa, el Consejo de Estado puede, aun de oficio, fijar una (cláusula penal) indemnización contra las personas morales de Derecho Público para asegurarse de la ejecución de esta decisión"; la medida puede ser tomada, ya sea por una formación de juicio, ya sea por el presidente de la Sección de lo Contencioso en el Consejo de Estado. La administración que no cumple puede así ser condenada a pagar una suma de un cierto monto por día de atraso, ya sea que el juicio inejecutado haya pronunciado la anulación de un acto o que haya condenado a la administración a pagar una suma de dinero. La indemnización conminatoria sólo es "definitiva" si el Consejo lo decide explícitamente; si no, es provisional, es decir, que cuando se haga la liquidación que intervenga después de la ejecución de la sentencia, podrá ser reducida. La indemnización conminatoria puede ser depositada en parte para el demandante y en parte para un fondo destinado a las finanzas municipales. El decreto del 12 de mayo de 1981 (incluyendo los nuevos artículos 59-1 a 59-5 en el decreto del 30 de julio de 1963) aclaró que el Consejo de Estado podía recibir una apelación del demandante que plantea una acción tendiente a que aquél fije una indemnización conminatoria a condición, sin embargo, de que hayan transcurrido seis meses desde la notificación de la sentencia no ejecutada; igualmente aclaró que el orden de sentencia competente puede, a su vez, pedirle a la Sección de Informe y de Estudios que envíe recomendaciones a la autoridad administrativa que no cumple, antes de fijar ella misma la indemnización conminatoria.

En la práctica, la primera decisión del Consejo de Estado fijando una indemnización conminatoria fue tomada el 17 de mayo de 1985 por la Sección de lo Contencioso del Consejo de Estado (colección 1985, p. 149, con las conclusiones del Comisario del Gobierno Pauty). Como observa el Comisario del Gobierno en este caso Menneret, este pequeño número "no debe interpretarse como la señal de una ley que habría fallado. En la mayoría de los casos, la simple presión de la solicitud de indemnización conminatoria cuyo carácter disuasivo es sustituido cuando ésta se justifica, por los esfuerzos de la Sección de Informe, conduce a la persona pública pendiente de juicio, a buscar una solución correcta al litigio".

Cabe hacer notar que el carácter delicado del pronunciamiento sobre la indemnización conminatoria contra una persona moral de Derecho Público ha conducido al legislador a reservar este poder sólo para el Consejo de Estado, aun cuando se trata de la ejecución de una sentencia de un tribunal administrativo; como lo propone el Comisario del Gobierno en el caso citado, el Consejo de Estado debe resistir a la tentación de comportarse como un juez que recibe una apelación, cuando conoce de la no ejecución de la sentencia de un tribunal administrativo.

Como sea, la Ley del 22 de julio de 1980 todavía demasiado reciente para que un juicio definitivo pueda emitirse sobre esta reforma. Ésta es en todo caso extraordinaria: por primera vez, el juez administrativo ha recibido el poder de forzar a la administración. En esto el Derecho francés se ha acercado mucho al Derecho alemán.

En Alemania, las vías de ejecución forzosa están organizadas de una manera más sencilla porque el legislador ha optado claramente por las técnicas judiciales. Según el párrafo 167 de la Ley de 1960 sobre los tribunales administrativos, la ejecución de las decisiones del juez administrativo obedecen a las reglas contenidas en el libro VIII del Código de Procedimientos Civiles salvo las excepciones y modificaciones aportadas por los párrafos subsecuentes de esta misma Ley (párrafo 169 a 172): por ejemplo, las reglas relativas a las posibilidades de recurso contra las medidas de ejecución forzosa son regidas en gran parte por el Código de Procedimientos Civiles.

Entre las reglas derogatorias del Código de Procedimientos Civiles, figura en particular aquélla contenida en el párrafo 172: se refiere, además de las decisiones que prescriben la suspensión de la ejecución, a las sentencias de anulación de un acto administrativo ya ejecutado que indican cuáles son las medidas que hay que tomar para borrar las consecuencias de esta ejecución, y las sentencias que imponen a una autoridad administrativa la obligación de emitir un acto administrativo determinado o resolver conforme a la doctrina jurídica del tribunal (respectivamente párrafo 113, apartado 1, frase 2 y párrafo 113, apartado 4 de la Ley sobre los Tribunales Administrativos). Conforme a esta disposición legislativa, el tribunal administrativo de primera instancia puede requerir a la autoridad administrativa para que ejecute la decisión judicial en un cierto plazo bajo pena de tener que pagar una indemnización conminatoria (Zwangsgeld) y si después del vencimiento de este plazo, no hay resultado alguno, puede establecer el monto de dicha indemnización (que en el estado actual de la legislación, no puede

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

exceder los 2.000 marcos alemanes) y ordenar las medidas necesarias de ejecución forzosa. La condena al pago de esta indemnización conminatoria puede ser renovada.

Las vías de ejecución susceptibles de ser utilizadas en caso de condena al pago de una suma de dinero, e incluso de la indemnización conminatoria prevista en el caso precedente, son las del Código de Procedimientos Civiles, en particular las diferentes formas de embargo previstas en el Código de Procedimientos Civiles. Sin embargo, el párrafo 170 de la Ley sobre los Tribunales Administrativos aportan a éstas algunas correcciones. Por una parte, el tribunal debe, antes, de proceder a la ejecución forzosa, intimar a la autoridad administrativa para que ejecute su obligación en un plazo determinado que no puede exceder un mes. Por otra parte, el tribunal no puede ordenar el embargo de bienes que son puestos a la disposición del público o son destinados a un servicio público.

En la práctica, parece que el sistema funciona bien. Es un informe presentado al Cuarto Coloquio de los consejos de Estado y de las Jurisdicciones supremas en materia administrativa de los países Miembros de las Comunidades Europeas (17-18 de octubre de 1974), el juez federal Fischer, que era relator alemán, escribió sin embargo: "Tales problemas (de inejecución de una decisión judicial por razones políticas se plantean rara vez, pero cuando es del caso, la ejecución forzosa no siempre se logra" (p. 11).

Es por esa razón que las reglas deben prever sanciones en caso de violación definitiva de la cosa juzgada o por lo menos de atraso grave de la ejecución.

B. Las medidas represivas.

Comprendida en sentido amplio, la represión puede tender hacia la persona moral de Derecho Público que no cumple o hacia la persona física que actúa en su nombre.

Las sanciones susceptibles de ser impuestas *a las personas morales de Derecho Público,* son diferentes en Francia y en Alemania: mientras que éstas presentan un carácter exclusivamente judicial en Alemania, en Francia presentan tanto un carácter extrajudicial, como un carácter judicial. Las sanciones de carácter extrajudicial consisten en hacer público el rechazo de la ejecución técnica legislativa que separe una opinión pública y una función pública muy apegadas al respeto del derecho.

Así, en Francia, en el informe que el Consejo de Estado presenta cada año al Gobierno, la Sección de Informe y de Estudios del Consejo de Estado informa sobre "las dificultades habladas en la ejecución de las decisiones de las jurisdicciones administrativas" (artículo 3 del decreto del 30 de julio de 1963); por ejemplo, el informe para el año judicial 1983-1984 toma en cuenta el rechazo de ejecución por parte de una cámara de oficios, del Vicerrector de la Reunión y del Ministerio del Interior (en este último caso, se trata de la obligación correspondiente a los prefectos de inscribir de oficio en los presupuestos de ciertas municipalidades los créditos necesarios para las subvenciones debidas a ciertos establecimientos privados de enseñanza) (Estudios y documentos del Consejo de Estado 1983-84, p. 283). Así también, el Mediador puede hacer público en el Diario Oficial un informe especial que denuncie la no ejecución de una sentencia a pesar de sus exhortaciones en ese sentido (artículo 11 de la Ley del 3 de enero de 1973, tal y como fue modificado por la Ley del 24 de diciembre de 1976): pero, como hemos hecho notar, el Mediador sólo ha ejercido hasta ahora su poder de exhortación, no sin alguna dificultad, tuvo efecto, el asunto no dio lugar a la publicación de un informe especial. Fuera de estas medidas de publicidad, forma moderna de la pena de la picota, las sanciones posibles están constituidas únicamente por eventuales condenas de reparación del perjuicio causado por el atraso o por la falta de ejecución de la cosa juzgada; sin embargo, se puede hacer notar que se trata de una medida de reparación y no de un castigo.

En todo caso, en Alemania, la demanda por daños y perjuicios presentada ante los tribunales civiles es la única posibilidad que se ofrece al demandante que no logra conseguir que se ejecute la sentencia que ha acogido favorablemente su demanda.

En lo relativo a las sanciones susceptibles de ser impuestas a las *personas físicas* que han cometido la falta de no ejecutar la sentencia administrativa, en Francia se cuenta con sanciones civiles (responsabilidad por falta personal) y sanciones disciplinarias. Las sanciones disciplinarias son de dos tipos: por una parte las sanciones disciplinarias de Derecho común, las cuales pueden ser dictadas contra los funcionarios el superior jerárquico después de emitido el dictamen de una comisión disciplinaria, y las sanciones susceptibles de ser dictadas por el tribunal disciplinario en materia presupuestaria. Estas últimas sanciones están previstas por la ley del 16 de julio de 1980: de acuerdo con esta Ley, las personas susceptibles de ser sometidas a la jurisdicción del tribunal disciplinario en materia presupuestaria (principalmente los funcionarios), cuyo comportamiento ha provocado el pago de indemni-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

zaciones conminatorias o que no han pagado las cantidades necesarias para la ejecución de una sentencia administrativa, son susceptibles de una multa, cuyo monto puede alcanzar el de su sueldo anual; el Tribunal disciplinario en materia presupuestaria puede conocer del caso por medio del presidente de una de las Cámaras del Parlamento, y el Primer Ministro, el Ministro de Finanzas o el ministro en cuya dependencia se halla el agente culpable, también por medio del Tribunal de Cuentas o el Procurador General de ese tribunal, además, en caso de violación de las disposiciones relativas a las órdenes de pago de las sumas requeridas para la ejecución de una sentencia, el demandante privado dispone igualmente del derecho a la posesión inmediata. Se puede hacer notar que la lista de las personas susceptibles de ser sometidas a la jurisdicción del tribunal es bastante larga puesto que comprende no sólo a los funcionarios y agentes sino también a los miembros de los gabinetes ministeriales, aunque no incluya ni a los ministros ni a las autoridades ejecutivas de las diferentes colectividades territoriales, como las municipalidades. En la práctica, el tribunal no ha tenido aún la oportunidad de ejercer ese poder represivo que, en verdad, sólo le fue conferido a partir de 1980.

En cuanto al Derecho alemán, parece prever únicamente dos posibilidades en cuanto a las sanciones contra el agente responsable de la no ejecución de una sentencia: la acusación en lo relativo a su responsabilidad civil después de la condena al pago de daños y perjuicios por parte de la persona de Derecho Público, y la acusación en lo referente a la responsabilidad disciplinaria de Derecho común; la sanción debe ser impuesta por el superior jerárquico, sin la sanción no es muy grave (reprensión, multa) y por un tribunal disciplinario, si la sanción es más grave.

CONCLUSIÓN.

La ejecución de las decisiones del juez administrativo es un problema difícil porque plantea no sólo las relaciones entre los poderes ejecutivo y judicial, sino que también la concepción general de lo contencioso administrativo.

Si lo contencioso administrativo está concebido como una réplica del control que ejerce el juez de casación sobre la aplicación de las normas jurídicas en las sentencias de tribunales inferiores, es natural que el derecho a la posesión inmediata dictado por el juez no surta ningún efecto suspensorio y que la decisión del juez sólo tenga un efecto de casación.

Esta concepción de lo contencioso administrativo implica que una fuerte presunción de validez es aplicable a la decisión administrativa, y justifica que el sujeto a la jurisdicción sólo se beneficie de una protección reducida. En cierto modo, la desigualdad de situaciones entre la administración y el ciudadano repercute en la coordinación de sus relaciones contenciosas. Al contrario, si lo contencioso administrativo está concebido a imagen de lo que es el proceso civil, es decir, como un litigio que opone dos personas colocadas sobre un mismo plano de igualdad, es natural que una de las partes, la administración en este caso, no pueda imponer su voluntad y actuar como si su actividad no fuese atacable por la otra parte, y es también natural que el juez defina detalladamente las obligaciones que le incumben a la administración por las irregularidades cometidas. De acuerdo con esta concepción de lo contencioso administrativo la protección del sujeto a la jurisdicción es evidentemente mucho más completa.

La oposición a estas dos concepciones de lo contencioso administrativo repercute necesariamente en lo referente a las medidas de coacción. Indiscutiblemente, es más fácil utilizar las vías de ejecución del Derecho común en el caso en que las obligaciones emanadas de una sentencia estén claramente definidas por la misma sentencia que en el caso inverso, en que el juez se contenta con anular una simple decisión administrativa, ya que a veces tiene como único efecto el silencio, dejando a la autoridad administrativa el cuidado de determinar las consecuencias de la anulación.

El mejoramiento progresivo del régimen de ejecución de las decisiones del juez administrativo sólo puede darse si hay un cambio en la concepción de lo contencioso administrativo: de un contencioso de los actos, hay que pasar a un contencioso de las relaciones jurídicas.

* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

ESPÍRITU Y PERSPECTIVAS DE UNA REFORMA DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN COSTA RICA*

DR. EDUARDO ORTIZ ORTIZ**

SUMARIO

Pág.

1. La situación actual: el contencioso anulatorio y constitutivo heredado de Francia 110
2. El contencioso-administrativo francés 112
3. La herencia francesa en España y L. A. 115
4. El "giudizio di ottemperanza" 117
5. La constitucionalidad de las potestades jurisdiccionales de ordenación y sustitución de la discrecionalidad administrativa 122

* *Ponencia presentada en el Congreso sobre "Reforma de la Justicia Administrativa en Costa Rica", organizado por la Corte Suprema de Justicia, durante los días 17 a 21 de marzo de 1986, en San José.*

** *Doctor en Derecho Contencioso-Administrativo y doctor en Derecho Constitucional.*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

1. LA SITUACIÓN ACTUAL: EL CONTENCIOSO ANULATORIO Y CONSTITUTIVO HEREDADO DE FRANCIA

La justicia administrativa se rige en Costa Rica por la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LRJCA), número 3667, de 12 de marzo de 1966, versión costarricense de la correspondiente ley española del mismo nombre, de 27 de diciembre de 1965.[1] Ello significa que heredamos los principios e instituciones fundamentales del proceso administrativo español, inspirado en el francés, previa reforma constitucional que hiciera posible su recepción en nuestro ordenamiento.[2] Dispone hoy el artículo 49 de nuestra Constitución Política (C. Pol. de 7 de noviembre de 1949):

> "Art. 49. Establécese la jurisdicción contencioso-administrativa como atribución del Poder Judicial, con el objeto de garantizar la legalidad de la función administrativa del Estado, de sus instituciones y de toda otra entidad de derecho público.
>
> La desviación de poder será motivo de impugnación de los actos administrativos.
>
> La ley protegerá, al menos, los derechos subjetivos y los intereses de los administrados".

Para desarrollar tal creación constitucional dispone el apartado 1 del artículo 1 de la Ley número 3667:

> "Art. 1.° Por la presente ley se regula la jurisdicción contencioso-administrativa establecida en el artículo 49 de la Constitución Política, encargada de conocer de las pretensiones que se deduzcan en relación con la legalidad de los actos y disposiciones de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo...".

Hay una clara discrepancia entre el texto constitucional y el legal en punto al objeto de la misma jurisprudencia: el artículo 49 garantiza "la legalidad de la función administrativa", en tanto que el artículo 1.1 limita aquélla a conocer de la "legalidad de los actos y disposiciones de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo".

En efecto, la función administrativa es cosa distinta de los actos y disposiciones de la Administración, por ser más comprensiva. La función administrativa abarca también comportamientos materiales y servicios públicos (prestaciones administrativas), y, en relación con los actos y disposiciones, la actividad previa y necesaria para su emisión, no sólo la incorporada al procedimiento administrativo, sino, sobre todo, la génesis intelectual del acto mismo, en cuanto proceso de elaboración de su contenido.[3] La actividad lógica y estimativa por la que se identifican y jerarquizan los intereses nacidos de los hechos de

---

1. Gonzalo RETANA SANDÍ, *La Jurisdicción Contencioso-Administrativa en C.R. y su reforma*, **"Revista del Colegio de Abogados"**, núm. 12, Imprenta Lehmann, San José, 1966.

2. Disponía el artículo 49 C. Pol., en su versión original: "Establécese la jurisdicción contencioso-administrativa, con función del Poder Judicial y con el objeto de proteger a toda persona en el ejercicio de sus derechos administrativos, cuando éstos fueren lesionados por disposiciones definitivas de cualquier naturaleza, dictadas por el Poder Ejecutivo o sus funcionarios, las Municipalidades y toda institución autónoma o semiautónoma del Estado, actuando como personas de derecho público y en uso de facultades regladas". Esta versión contenía tres restricciones fundamentales al ámbito de la jurisdicción contenciosa que, como se verá por comparación con el actual artículo 49, más abajo transcrito, han desaparecido con la reforma constitucional del mismo; a saber:

   i) Se limitaba a los "derechos administrativos" las situaciones jurídico-subjetivas objeto de tutela por la jurisdicción contenciosa, sin que jamás se produjera jurisprudencia que definiera claramente el alcance del giro en cuestión. Por lo pronto, quedaban excluidos de tutela los derechos no administrativos, que sólo pueden ser los nacidos de ramos del Derecho Privado, precisamente los más sagrados en las relaciones con la Administración.
   ii) Se excluía el control sobre la discrecionalidad administrativa, pues aquél se restringía al "uso de facultades regladas", restricción ésta capital, que reducía a nada la jurisdicción contenciosa.
   iii) Se excluía del control contencioso la conducta de la Administración no consistente en disposiciones de la Administración Pública, con lo que se dejaban fuera las actividades, los servicios públicos y hasta los actos concretos, por definición distintos de las "disposiciones", que se entienden normalmente como normas administrativas.

   Las dos primeras limitaciones se aplicaron siempre estrictamente, pero no la última, pues siempre se entendió que el artículo 49 permitía controlar también actos concretos y más bien fue infrecuente —aunque posible— la anulación de reglamentos.

3. Franco LEVI, *L'Attività Conoscitiva della Pubblica Amministrazione*, Giappichelli, Turín, 1967, págs. 210 y ss., esp. 217 a 220.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

cada caso, que desemboca en la formulación de una regla administrativa individual para éste, consagrando la primacía del interés contemplado por la norma aplicable (la que atribuye la potestad discrecional y le asigna un fin público),[4] ha sido llamada la "función" administrativa, por contraposición al acto.[5] Con tal sentido especial, y sobre todo como actividad intelectual y volitiva necesaria para la adopción y exteriorización del acto administrativo, la función suele tenerse en Costa Rica —doctrinal y jurisprudencialmente— como parte del mismo, no obstante la posibilidad de tal fino distingo. Pero quedan indiscutiblemente fuera de los actos y disposiciones de la Administración todas sus demás formas de conducta para el logro de sus fines públicos, antes enumerados, y, naturalmente, el silencio administrativo, aun el que puede tenerse legalmente como denegación presunta de lo pedido (por la expiración de un lapso legal de dos meses sin respuesta expresa y notificada de la Administración), pues de éste puede discutirse, incluso, si es verdaderamente tal y auténtico ejercicio de la función administrativa, lo que no parece.[6] Al aceptar su impugnabilidad —como lo hace—, la LRJCA está, si no contradiciendo, ampliando el estrecho ámbito de control jurisdiccional contencioso señalado por el artículo 1.1 LRJCA. La falla constitucional apuntada no es un acto de empirismo o de ignorancia del legislador, sino todo lo contrario: es el testimonio de una larga tradición cultural en la materia. Es obra del Derecho francés, quizá exagerada en su más cercana fuente de Costa Rica, que es el Derecho español, matriz de nuestra LRJCA.

En efecto, en Costa Rica —como en España— se exige la constitución previa de un acto impugnable para ingresar a la jurisdicción contenciosa, mediante el llamado "agotamiento de la vía administrativa" o "vía previa" (por el uso oportuno de los recursos administrativos disponibles), y no sólo en acciones de resarcimiento, sino también en acciones de anulación, y aquí, en Costa Rica, tanto en asuntos de Derecho Público como de Derecho Privado de la Administración (dada la total unificación de jurisdicciones de o contra la Administración en Costa Rica.

En Francia, el requisito es exigible únicamente en el contencioso de derechos, subjetivo o de plena jurisdicción, no en el de legalidad o anulación (donde es de cumplimiento potestativo),[7] y exclusivamente dentro del ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa formal [encuadrada orgánicamente en el Poder Ejecutivo o Administración Pública (francesa)], y no en los procesos de Derecho Privado contra la Administración o, en general, propios del juez judicial.[8] Importa detenerse brevemente en el sistema francés, cuyos rasgos esenciales hemos heredado.

4. Massimo SEVERO GIANNINI, *Il Potere Discrezionale della Pubblica Amministrazione,* Giuffrè, Milán.

5. Feliciano BENVENUTTI, *Ecceso di Potere Amministrativo per Vizio della Funzione,* **"Rassegna di Diritto Pubblico"**, Giuffrè, Milán, 1950, págs. 22 a 30.

6. Véanse a este respecto los precedentes jurisprudenciales de la antigua Corte Federal de Venezuela a favor de la exclusión de la jurisdicción contenciosa en contra de hechos y comportamientos, así como el silencio administrativo, citados por Allan Randal BREWER-CARÍAS, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana,* Universidad Central de Caracas, 1964, págs. 400 a 403.

7. J.M. AUBY y Roland DRAGO, *Traité de Contentieux Administratif,* Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1984, vol. 2, pág. 502.

8. El fin mismo de la separación entre jueces administrativos y jueces judiciales en Francia es —entre otros— que los primeros puedan crear un régimen procesal especial y distinto del procesal común, lo que significa, de rechazo, que el juez judicial se rige por este último en todo caso, sin conceder privilegios a la Administración, como el de la vía administrativa previa, exclusivo de la jurisprudencia contencioso-administrativa. Los tratados franceses ni siquiera rozan la cuestión sobre si la vía previa también debe observarse por el juez judicial cuando juzga a la Administración, pues la respuesta negativa va implícita en el hecho mismo de su existencia separada de la del juez contencioso-administrativo; véase, respecto de la autonomía de ambas jurisdicciones sobre la Administración y del derecho procesal aplicable en cada una, Bernard PACTEAU, *Contentieux Administratif,* PUF, 1985, pág. 18.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

2. EL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO FRANCÉS

En Francia —como bien se sabe— la participación fundamental de la justicia de o contra la Administración es la que se da entre sus asuntos de Derecho Público y los de Derecho Privado: los primeros pertenecen al contencioso-administrativo propiamente dicho, a cargo de un sistema de jueces que hacen cúspide en el *Conseil d'État* y —como se apuntó— orgánicamente encuadrado dentro de la Administración francesa, con total autonomía funcional y jurisdiccional, y los segundos a cargo del Poder Judicial y de los jueces ordinarios, que funcionan bajo la autoridad suprema de la Corte de Casación.

Casi igualmente importante es la segunda partición interna de la jurisdicción contencioso-administrativa entre la objetiva, de legalidad o anulación, y la subjetiva, de derechos o de plena jurisdicción. En la primera se discuten la legalidad y validez de los actos de Derecho Público de la Administración; en la segunda, de la existencia y restablecimiento de los derechos subjetivos frente a ella, también de Derecho Público, principalmente en materia de contratos y de responsabilidad civil. Es lo típico de la jurisdicción objetiva el que sólo se puede pedir y obtener la anulación del acto ilegal; y de la segunda, el que pueden obtenerse, además, condenatorias al pago de indemnizaciones pecuniarias contra la Administración.

No obstante las apuntadas diferencias, hay reglas comunes a ambas jurisdicciones contenciosas. En ambas lo normal —cuando no lo necesario— es que toda acción sea, en primer término, de anulación, incluso la que se da en el contencioso subjetivo o de derechos.[9] Lo cual significa que el objeto del proceso es siempre, y en primer término, la validez de un acto que se impugna, por sí o como causa de lesiones a los derechos que se invocan. Y, consecuentemente, las acciones y sentencias posibles son meramente constitutivas o, a lo sumo, condenatorias al pago de sumas de dinero, es decir: para la anulación del acto o, además, para la reparación pecuniaria del derecho subjetivo violado por éste. No hay posibilidad de establecer acciones condenatorias para obtener actos o prestaciones de la Administración, cuya denegación ilegal o arbitraria puede generar únicamente responsabilidades civiles de ésta.[10] Y las acciones declarativas o bien se dan por reenvío de un juez judicial (cuando interpretar el sentido o pronunciarse sobre la validez de un acto administrativo es cuestión prejudicial para el fallo) o bien por acción directa (de quien es parte de un caso ya surgido o inminente dentro del cual se discute el sentido o la validez de un acto existente o por dictarse).[11] Se trata, en todo caso, de acciones y sentencias declarativas comunes, en cuanto autónomas respecto de anulaciones y condenatorias posteriores, y que por ello aportan seguridad jurídica. Las declaraciones sobre el modo, método o forma de ejercer las potestades discrecionales frente al actor no parecen estar contempladas en la justicia administrativa francesa. Por mayoría de razón, tampoco es posible que el juez contencioso sustituya a la Administración y haga lo que ésta debe, pero no hace.[12] La sentencia, excepcionalmente, contiene consejos y directrices sobre la forma de ejecutar el fallo, pero no son obligatorios para la Administración.[13]

Las limitaciones de los poderes del juez frente a la Administración alcanzan también, naturalmente, la fase de ejecución de la sentencia contenciosa. Dada la prohibición de que el juez contencioso dirija órdenes a la Administración, ni por sentencia ni en su ejecución, tampoco puede hacerlo, ante la rebeldía de la Administración, contra el fallo anulatorio. En Francia —y en todo sistema de justicia administrativa—, la anulación del acto administrativo puede implicar la obligación de dictar otros para ajustar la

---

9. AUBY y DRAGO, *op. cit.*, vol. 2, pág. 492; René CHAPUS, *Droit du Contentieux Administratif*, Montchrestien, París, 1982, pág. 75.

10. AUBY y DRAGO, *op. cit.*, vol. 2, pág. 376; CHAPUS, *op. cit.*, págs. 392 y ss.

11. Se trata del contencioso "de interpretación" por reenvío o del de interpretación por acción directa, en ambos casos referido a un acto administrativo, dictado o por dictarse; véase, al respecto, Charles DEBBASCH, *Contentieux Administratif*, Dalloz, París, 1981, págs. 871 y ss.

12. AUBY y DRAGO, *op. cit.*, vol. 1, págs. 228 y 229; Raymond ODENT, *Contentieux Administratif*, París, "Cours de Droit", fasc. 2, págs. 843 y 844.

13. ODENT, *op. cit.*, págs. 846 y 847; AUBY y DRAGO, *op. cit.*, vol. 2, pág. 422.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

conducta de la Administración a Derecho, y sobre todo para satisfacer verdadera —y no sólo formalmente— las pretensiones del actor victorioso, quien, sin tales nuevos actos, obtiene un triunfo pírrico. Si, por ejemplo, se ha anulado la denegación de una autorización, concesión o subvención, esas pretensiones se satisfacen únicamente si lo pedido es otorgado, nunca con la sola anulación del rechazo. El juez francés no puede, ni aun en tal hipótesis, ordenar a la Administración el otorgamiento de la autorización etc. Puede, a lo sumo, si la Administración ejecuta o reitera el acto anulado, anular la reiteración e, incluso, imponer responsabilidades civiles (pecuniarias) a la Administración, y, eventualmente, hasta penales al funcionario culpable, pero para lograrlo el frustrado actor tiene que hacer otro juicio declarativo, que, así, es el primero de una cadena potencialmente infinita.[14] Esto es así, sobre todo, en materia discrecional, pero también en cuanto a actos reglados o debidos.

Resaltan tres rasgos en el sistema contencioso francés:

a) El deliberado respeto a la autonomía de la Administración frente al juez, con titularidad por aquélla de una semiplena discrecionalidad sobre el caso, antes y después del fallo contencioso.[15]

b) La consecuente focalización del control jurisdiccional sobre una mínima y crítica porción de la conducta de la Administración, que es el acto administrativo.

c) La eliminación de acciones y sentencias declarativas o condenatorias contra la Administración, sobre todo en el ejercicio de sus potestades discrecionales, salvo si se trata del pago de sumas de dinero.

Estos rasgos tienen larga historia, que es la única que puede explicar el sistema contencioso francés. En síntesis, obedecen al hecho de que el *Conseil d'État* —creado por el artículo 52 de la Constitución Republicana de 22 de Primario del año VIII— fue en un principio una dependencia del Gobierno francés con funciones meramente consultivas en lo tocante a la decisión de litigios con la Administración, que correspondían en propiedad al Ministro de cada ramo o Ministro-Juez (justicia administrativa retenida), hasta la Ley de 24 de mayo de 1872, fecha en la que se convirtió en tribunal de alzada contra las decisiones de primera instancia del Ministro (justicia administrativa "delegada").[16] Y no fue sino por jurisprudencia del mismo *Conseil d'État,* C.E. Cadot, 13 de diciembre de 1889, que éste pasó a ser juez con jurisdicción propia, independiente de las resoluciones previas del Ministro, que simultáneamente dejaron de tener autoridad jurisdiccional, para convertirse en lo que hoy son: en resoluciones administrativas de última instancia, que agotan la "vía previa" a la propiamente contenciosa y, más específicamente, a la de derechos, subjetiva o de plena jurisdicción.[17]

El nacimiento y consolidación de la jurisprudencia originaria del *Conseil d'État,* bastante tardíos, son una consecuencia, por otra parte, del principio de la separación constitucional del Poder Judicial y del Gobierno, tal y como lo interpretó el Derecho de la Revolución Francesa, que por la Ley de Organización Judicial de la Asamblea Constituyente de 16 de agosto de 1790 separó las funciones judiciales y las administrativas y prohibió radicalmente a los jueces interferir o perturbar la marcha de la Administración y juzgar a los administradores por actos de su función,[18] lo que confirmó la Convención Nacional por Decreto de 16 de Fructidor del año III (de la Primera República Francesa), al prohibir a los jueces ordinarios conocer de cualquier especie de actos de la Administración.[19] Obedecían los legisladores revolucionarios al temor contra los jueces heredado de la Monarquía absoluta, que vivió en constante conflicto con los antiguos *Parlements* (tribunales de la nobleza nombrados por el Rey) a lo largo de todo el Antiguo Régimen. Y la razón fundamental de tal separación de jurisdicciones judicial y administrativa se explica, todavía hoy, como una forma de autolimi-

---

14. AUBY y DRAGO, *op. cit.*, vol. 2, págs. 432 y 433.

15. ODENT, *op. cit.*, fasc. 2, págs. 837 a 849. Después del fallo anulatorio, el juez francés queda en libertad para volver a decidir la misma materia y, eventualmente, lo mismo, siempre y cuando no reitere los vicios censurados por aquél; se trata de una reducida limitación, que deja en pie una discrecionalidad casi plena frente y más bien en contra del actor victorioso.

16. AUBY y DRAGO, *op. cit.*, vol. 1, págs. 222 y 223.

17. *Le Conseil d'État,* Centre National de la Recherche Scientifique, París, 1974, págs. 685 y 686; DEBBASCH, *op. cit.*, pág. 178.

18. AUBY y DRAGO, *op. cit.*, vol. 1, págs. 380 a 386.

19. AUBY y DRAGO, *op. cit.*, pág. 382.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

tación del Gobierno y de su Administración en favor de la justicia, por virtud de la cual se someten a un juez propio y comprensivo, que, si bien totalmente independiente en lo funcional, es, al menos, parte orgánica de ellos y, en todo caso, más conocedora de sus necesidades y de su régimen propio, en tanto que impartida por quienes, simultáneamente, son sus asesores o sus funcionarios.[20] La autoridad jurisdiccional del *Conseil d'État* —jerarca de la justicia contenciosa francesa— ha sufrido, como lógica consecuencia, frecuentes ataques al hilo de los vaivenes políticos del Gobierno, sobre todo por obra de este mismo, que censura acremente aquellos de sus fallos que desmienten la sumisión del Alto Tribunal a sus dictados o políticas,[21] en lo que este último ha sido siempre y es cada día más ejemplarmente altivo y audaz. En síntesis, se trata de una justicia administrativa altamente independiente, pero, al mismo tiempo, históricamente diseñada para no perturbar a la Administración y, en todo caso, para garantizarle sustancial autonomía dentro del campo de su competencia, al mismo tiempo que para ofrecerle una justicia especializada y más adaptable que la judicial común a las exigencias de autoridad de esa Administración. De conformidad, se trata de una justicia que nunca debe actuar como superior de la Administración, dándole órdenes o sustituyéndola, y que, sobre todo, está llamada a juzgar sólo la parte crítica de la incidencia del funcionamiento de la Administración sobre los otros sujetos, que es el acto imperativo y ejecutorio *(l'acte executoire de* HAURIOU), con exclusión del resto de la conducta administrativa, llamada a permanecer bajo la autoridad incontrolada de la Administración misma en la medida de lo posible.

Esta justicia parece incompatible, sobre todo, con una jurisdicción general que no sólo controle el uso de la discrecionalidad administrativa, sino que la sujete a directrices u órdenes para su posterior ejercicio al actor victorioso, a partir del reconocimiento de las situaciones jurídicas de éste frente a dicha discrecionalidad, y que imponga ir más allá de la anulación del acto que las perjudique, hasta procurar el que las satisfaga. Se trata, incluso cuando es plena y tutelar de derechos subjetivos, de una jurisdicción sustancialmente objetiva, que garantiza la legalidad administrativa, pero no la satisfacción de las pretensiones del actor victorioso, en la medida en que ello exija sujetar la discrecionalidad administrativa a órdenes o regulaciones del juez contencioso.

El sistema francés —creador de la más ilustre jurisprudencia latina en defensa de los derechos e intereses de las partes a costa de la discrecionalidad administrativa— no ha permanecido extraño —como resulta inevitable— al empuje del interés privado en una ampliación favorable a su causa de esa limitada función, y ofrece cada día más instrumentos de tutela efectiva de las partes y de la eficacia de los fallos en su beneficio, lo que ha motivado brillantes debates y tesis doctrinarias en las que se afirma la evolución del sistema hacia una justicia montada sobre todo para satisfacer situaciones jurídico-subjetivas.[22] Y, en efecto, se ha enriquecido el arsenal técnico para lograr la ejecución de los fallos contencioso-administrativos, sobre todo por Ley de 16 de

---

20. AUBY y DRAGO, *op. cit.*, pág. 182; la afirmación es casi unánime en la doctrina francesa, para lo cual véase, igualmente, ODENT, *op. cit.*, fasc. 1, págs. 279 a 281. En cuanto a la acumulación de funciones consultivas y administrativas en los jueces que integran el *Conseil d'État,* aparte de la propiamente jurisdicente, la tendencia en Francia es no sólo a aceptar tal situación, sino más bien a fomentarla, con el objetivo de lograr "una jurisdicción compuesta por jueces mezclados a la acción administrativa" (PACTEAU, *op. cit.*, págs. 45 a 47).

21. AUBY y DRAGO, *op. cit.*, vol. 1, págs. 183 y ss.

22. Véase, sobre todo la obra de Bruno KORNPROBST, *La Notion de Partie et les Recours por Excès du Pouvoir,* que llega al extremo de identificar el interés legítimo con el Derecho subjetivo para demostrar que el proceso por *excès du pouvoir,* objetivo o de anulación, es en realidad un contencioso también subjetivo, dado en función de los intereses del actor, para lo cual véase la citada obra (LGDJ, París, 1959, págs. 239 y ss.). Pero la brillante obra fracasa en su tesis, ante la limitación de las acciones y sentencias de lo contencioso-administrativo francés en cuanto a su objeto, que sólo puede ser la anulación (contencioso objetivo) o la condenatoria a un resarcimiento (contencioso de plena jurisdicción o subjetivo), pero nunca el reconocimiento de derechos subjetivos a actos administrativos concretos ni a formas específicas de ejercicio de la discrecionalidad administrativa en el caso de autos, a través de sentencias declarativas y de condena a actos o conductas específicas contra la Administración. El contencioso francés es siempre claramente objetivo por sus resultados.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

julio de 1980, que permite por primera vez en la historia francesa la imposición jurisdiccional contra la Administración vencida de las multas llamadas "astreintes" (por cada día de incumplimiento de la sentencia), y con ello convierte ésta en un verdadero mandato del juez sobre la Administración, con alcance —por todo lo dicho— que merece el calificativo de revolucionario.[23]

3. LA HERENCIA FRANCESA EN ESPAÑA Y L. A.

La evolución es parecida en nuestros sistemas, heredados del francés, como el español y los de L. A.

En España no hay contencioso-administrativo formal porque todo es judicial, pero éste también excluye nominalmente las acciones y sentencias que no sean, total o parcialmente, anulatorias, respecto de las cuales, las de condena —que también sólo pueden ser al pago de sumas de dinero— resultan meramente consecuentes y accesorias. Tal es el encuadramiento ortodoxo, brillantemente expuesto en obras de gran aliento.[24] Pero aquí también hay ya noticia del tratamiento de los "intereses legítimos" típicos de la jurisdicción objetiva y anulatoria como verdaderos "derechos reaccionales", que se comportan y que logran aceptación como tales en los fallos contenciosos, cuyo contenido se torna entonces declarativo de su existencia y exigencias frente a la Administración y, finalmente, condenatorio contra ésta a las conductas que pueden restablecer o satisfacer esos intereses.[25] Todo lo cual lleva implícita la aceptación de éstos como situaciones sustanciales y no meramente procesales, dignas de reconocimiento y restablecimiento, como el derecho subjetivo, del que progresivamente se reputan como especie.

Pero la limitación indicada como propia de la versión ortodoxa de la justicia administrativa en España es la misma en Argentina y Uruguay, y muy parecida en Colombia, Venezuela y Costa Rica, donde se dan los sistemas de justicia administrativa más desarrollada de L. A.

En Buenos Aires se ha reconocido un contencioso exclusivamente de derechos que no protege los intereses legítimos, y una mala jurisprudencia, equivocando el alcance del sistema francés y trasladando al contencioso de plena jurisdicción las limitaciones que tiene en Francia el de anulación, ha terminado por reducir a esta última el tipo de los pronunciamientos posibles del fallo contencioso argentino, que así pareciera aceptar sólo excepcionalmente las condenatorias contra la Administración, incluso las meramente pecuniarias.[26] El artículo 62 del Código Contencioso-Administrativo de la provincia de Buenos Aires llega hasta prohibir pronunciamientos relativos a derechos subjetivos en el fallo contencioso, no obstante lo cual hay autores que sostienen la posibilidad de que la sentencia los

---

23. AUBY y DRAGO, *op. cit.*, vol. 2, págs. 551 a 553. Debe mencionarse también a este respecto, y como síntoma de la evolución del contencioso francés, aun del objetivo o *excès du pouvoir*, la intervención del llamado *mediateur* en favor de la ejecución de la sentencia contenciosa, pero limitada, en último término, a la publicación del incumplimiento o violación del fallo por la Administración en los llamados "Informes" de ese funcionario, versión francesa del *ombudsman* escandinavo, creada por la Ley de 3 de enero de 1973 y sus reformas; para lo cual, véase Bernard MALIGNIER, *Les Fonctions du Mediateur*, PUF, París, 1979, págs. 107 y ss.

24. Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *La Justicia Administrativa en España*, Civitas, Madrid, 1974, pág. 90; lo mismo que sus *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Civitas, Madrid, 1978, pág. 641, donde el ilustre autor define la pretensión de plena jurisdicción como "aquella en que se solicita del órgano jurisdiccional *no sólo la anulación del acto*, sino el reconocimiento de una situación jurídica individualizada"; lo cual confirman Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1981, vol. II, pág. 538, cuando dicen: "La L.J. (Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 27 de diciembre de 1956) ... permite canalizar a través de un único proceso toda clase de pretensiones, bien las de simple anulación del acto o disposición impugnados, *que es la pretensión básica* y siempre necesaria (art. 41), o bien las adicionales a ésta consistentes en el reconocimiento de la situación jurídica individualizada...".

25. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *op. cit.*, vol. II, págs. 535, 536, 539 y 540.

26. Agustín GORDILLO, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1984, págs. 760 y 761.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

contenga si son también propios de la pretensión deducida,[27] pero hay quienes lo niegan.[28] En síntesis, pareciera que allá son de difícil aceptación acciones y sentencias condenatorias contra la Administración, sobre todo si no son puramente pecuniarias. Parece darse una casi total reproducción de las limitaciones contra los poderes del juez en el proceso de anulación francés, sin la correlativa ampliación de esos poderes existentes en Francia en el contencioso de derechos.

En Uruguay la Constitución crea un Tribunal Contencioso-Administrativo (Sección XVII de la Constitución de 1952) separado del Poder Judicial; el primero conoce de las acciones de anulación contra actos administrativos, el Poder Judicial de las acciones resarcitorias. El Tribunal Contencioso tiene todas las limitaciones del juez francés al resolver el recurso por *excès du pouvoir:* sólo puede anular, sin otro pronunciamiento, y no puede dictar condenatorias de ninguna especie, como tampoco órdenes ni prohibiciones contra la Administración. Su sentencia es requisito previo para la acción judicial de reparación, aunque existe la posibilidad de una "reserva de la acción resarcitoria sin llegarse a anular el acto", por dictado expreso del artículo 312 de la antedicha Constitución,[29] lo que configuraría una acción y una sentencia meramente declarativas, antecedentes de las resarcitorias ante el juez judicial.[30]

En Costa Rica, la LRJCA contempla sólo dos tipos de acciones y sentencias estimatorias, las clásicas del Derecho francés: de anulación unas, correlativas de intereses legítimos, que no permiten otro pronunciamiento, y las otras, de reconocimiento y restablecimiento de situaciones jurídicas individualizadas, que son sólo los derechos subjetivos, única forma de posición jurídica del administrado que se reputa susceptible de verdadera lesión y de restablecimiento, fundamentalmente a través de indemnizaciones pecuniarias (arts. 10, 22, 23 y 62 LRJCA). Pero nuestra ley abre claramente la posibilidad para acciones meramente declarativas, pues las de anulación se darán "en su caso" (art. 22 *ibídem),* lo mismo que la sentencia anulatoria [art. 62.a)], lo que indica que estas últimas son eventuales o que no son necesarias; y, sobre todo, las pretensiones de restablecimiento del derecho subjetivo pueden pedir cosa distinta del dinero, a lo que podrá acceder la sentencia, con lo que, al menos en favor de derechos subjetivos, se habilita la posibilidad de condenatorias específicas (posibilidad totalmente desaprovechada por la jurisprudencia existente), todo según resulta de la redacción y relación de los artículos 23 y 62.c). Todo lo cual viene complementado por el artículo 76, que faculta al tribunal o juez para dictar en forma amplia "las medidas necesarias y apropiadas para su pronta y debida ejecución" (del fallo contencioso). Este cuadro legal permite concluir en que, en Costa Rica, la ley permite acciones y sentencias declarativas y condenatorias a actos y comportamientos específicos contra la Administración, igualmente que en ejecución del fallo, a la par de una jurisprudencia que no ha logrado consolidar esa apertura legal, negando aquella posibilidad en lo que toca al ejercicio de potestades discrecionales y reservándola únicamente para los asuntos de Derecho Privado de la Administración (de los que también conoce) y para aquellos que tienen que ver con actos o comportamientos debidos y reglados. Ello hace pensar en la necesidad de la reforma que proponemos y explicamos.

La evolución hacia un contencioso declarativo y condenatorio ha cobrado forma incipiente en Colombia, donde se ha desligado la acción de resarcimiento y de restablecimiento de situaciones jurídicas de la anulación previa de un acto, con base en un simple interés legítimo, pero con la inexplicable limitación de que ello será posible sólo cuando la causa de pedir sea un hecho o un acto lesivo "cuya prueba ofrezca grave dificultad"; ello en virtud de reciente reforma creadora de un nuevo Código Contencioso-Administrativo por Ley número 58 de 1982 y el Decreto-Ley número 1 de 1984.[31] En Venezuela parecieran posibles las acciones contenciosas meramente declarativas, lo mismo que las condenato-

---

27. Manuel María DÍEZ, *Derecho Procesal Administrativo,* Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1983, págs. 216 a 218 y 256.

28. Julio A. PALACIOS, *La Acción Contencioso-Administrativa,* Editorial Fides, La Plata, 1975, pág. 214.

29. Héctor GIORGI, *El Contencioso-Administrativo de Anulación,* Editorial Martín Bianchi, Montevideo, 1958, págs. 81 a 85, 278 y 282 a 285; Julio PRAT, *Derecho Administrativo,* Editorial ACALI, Montevideo, 1982, tomo 5, vol. 3, págs. 181, 185 y 186; Alberto Ramón REAL, *Estudios sobre Derecho Administrativo,* Centro Estudiantes de Derecho, vol. II, págs. 104 y 105.

30. En Uruguay queda siempre abierta a la Administración la posibilidad de reiterar el acto anulado —en cuanto a su disposición lesiva— con fundamentación distinta de la que dio origen a la anulación jurisdiccional; para lo cual véase GIORGI, *op. cit.,* págs. 278 y 296.

31. Jaime VIDEL PERDOMO, *Derecho Administrativo,* Temis, Bogotá, pág. 422.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

rias contra la Administración, pero la jurisprudencia citada en apoyo no parece muy explícita y pareciera haber controversia al respecto, en punto a la posibilidad de acumular pretensiones de anulación con las de plena jurisdicción y, sobre todo, de deducir pretensiones de condena no pecuniaria, sino a actos específicos de la Administración, discrecionales o no.[32]

El único sistema latinoamericano donde aparentemente hay la posibilidad de acciones y sentencias declarativas y condenatorias contra la Administración, sin límites sustanciales, es en Brasil, pero no tenemos seguridad de que ello sea así incluso en cuanto al ejercicio de potestades discrecionales, y más bien la posibilidad pareciera limitada a hipótesis de actos o actividades vinculadas, como los servicios públicos.[33]

En síntesis, fuera de excepciones limitadas, muy lacónicamente justificadas y, en ocasiones, dudosas, pareciera haber marcada sujeción de lo contencioso-administrativo latinoamericano al modelo anulatorio francés, por virtud de lo cual, ni en sentencia, ni en su ejecución, es posible en L. A. condenar a la Administración a la realización de actos que han dejado de ser discrecionales en el caso (aunque lo sean en la ley) o, al menos, a la observancia de límites y determinaciones específicas en el ejercicio de la discrecionalidad residual posterior al fallo anulatorio, en beneficio del fin público de la respectiva potestad administrativa y, sobre todo, de la satisfacción de las pretensiones del actor victorioso. La sustitución jurisdiccional de la Administración y, sobre todo, de la discrecionalidad administrativa es imposible en España y en L. A. La jurisdicción contenciosa hispanoamericana continúa siendo fundamentalmente objetiva y en beneficio de la legalidad administrativa, pese a la legitimación por situaciones subjetivas exigida en todos los respectivos países para su puesta en marcha. La marca dominante del Derecho francés es indeleble. Esto nos lleva directamente al único sistema latino en el que pareciera hallarse en plena evolución una jurisdicción contenciosa de signo contrario: es el caso de Italia.

4. EL "GIUDIZIO DI OTTEMPERANZA"[34]

Podría traducirse como juicio de acatamiento o de cumplimiento del fallo ejecutorio, pero ello no sería significativo porque hay consenso en la doctrina italiana sobre el hecho de que este peculiar proceso no es para ejecutar el fallo en el sentido ortodoxo del término, lo que también resulta una obje-

---

32. Allan R. BREWER-CARÍAS, *Jurisprudencia de la Corte Suprema, 1930-1974,* tomo V, vol. 2: "La Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Los recursos de anulación y de plena jurisdicción", págs. 509 y 510 y ss.; pero otro jurista venezolano sostiene una tajante distinción entre contencioso de anulación y de plena jurisdicción, que hace taxativos los casos en los que puede haber una jurisdicción mixta (que abarque acciones y sentencias de uno y otro tipo), con drástica limitación de cada uno de los tipos al modelo francés (anulación en contencioso objetivo y anulación más indemnización pecuniaria en el contencioso subjetivo); para lo cual véase Antonio MOLES CAUBET, "Rasgos Generales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa", en la obra colectiva *El Control Jurisdiccional de los Poderes Públicos en Venezuela,* Instituto de Derecho Público, Universidad Central, Caracas, 1979, págs. 74 a 77. Para una clara exposición del tema de la distinción y conexión entre contencioso de anulación y de plena jurisdicción en Derecho venezolano, léase, del mismo autor BREWER-CARÍAS, *Las Instituciones Fundamentales..., op. cit.,* págs. 394 y ss.

33. M. SEABRA FAGUNDES, *O Controle dos Actos Administrativos pelo Poder Judiciario,* Libraria Forense, São Paulo, 1979, págs. 156, 390 a 396 y 399 a 400. Sorpresivamente, el ilustre jurista, que sostiene no sólo la posibilidad legal, sino también la normalidad de acciones contenciosas declarativas y condenatorias contra la Administración (sujeta al Derecho Público), en sentido amplio y con restricciones excepcionales por texto de ley, sostiene también el carácter extraordinario, infrecuente y excepcional de las acciones y sentencias constitutivas contra la Administración, lo que deja sin ámbito propio en Brasil las acciones y sentencias anulatorias contra ella, el típico ejemplo de las acciones constitutivas; para lo cual véase *ibídem,* pág. 398. Lo cual significa que el único país de L. A. donde se admiten con generosidad las condenas contra la Administración en el uso de sus potestades públicas —si hemos entendido al ilustre jurista brasileño—, se niega la anulación jurisdiccional de actos administrativos como contraria a la separación constitucional de poderes, y se neutraliza así de un golpe lo que se había avanzado en el terreno de la jurisdicción subjetiva.

34. Resulta inútil apostillar abundantemente el tema del juicio de *ottemperanza,* a cuya exposición dedicaremos tantas páginas, siendo así que será tema de otra conferencia del mismo ciclo, por el profesor GIANNINI. Pero conviene apuntar como fuentes principales del enfoque que sustenta su existencia y desarrollo, lo mismo que la de las ponencias del suscrito en el seno de la Comisión Redactora

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ción contra la traducción sugerida. Preferimos darle el nombre en su lengua original.

El mérito del "proceso de *ottemperanza*" italiano es haberse hecho cuestión de lo que los otros sistemas dan por sentado, a saber: la llamada ejecución del fallo contencioso ¿es realmente tal o es cosa distinta?

En el proceso civil o común, la sentencia declara derechos a prestaciones determinadas; en el proceso contencioso declara la existencia de un interés lesionado, el cual, como tal, es el interés a una resolución administrativa de un caso concreto, en función de un interés público (el de la potestad respectiva) y otro privado (el puesto en relación con este último por obra de los hechos del caso). Esa resolución puede ser —y normalmente es— obligatoria en cuanto a su emisión, en ejecución del fallo, en tanto que necesaria a tal efecto; pero puede ser discrecional en cuanto al contenido, que la sentencia no define o define sólo parcialmente. Anulada la resolución, restan por satisfacer ambos intereses, pues la potestad vuelve al estado anterior a su primer ejercicio. Surge aquí la magna cuestión de si la función fundamental del proceso contencioso es meramente anulatoria, o más bien, de satisfacción de esos intereses. Si —como ya se ha sostenido en este estudio— la anulación es instrumental respecto de la realización de las utilidades buscadas, cuya creación es el fin primario del proceso, resulta evidente que la ejecución del fallo, mucho más que el cumplimiento de obligaciones dadas por éste —o de sus necesarias consecuencias jurídicas—, es la adopción de nuevos actos administrativos de ejercicio de la misma potestad discrecional, conducentes a la obtención de dichas utilidades, públicas y privadas. Es decir, es la admisión de actos, debidos y necesarios, pero discrecionales por motivo y/o contenido, llamados a satisfacer el interés público y el privado que pone en juego el correcto ejercicio de la potestad discrecional que dio base al acto anulado. Se trata de extraer del fallo orientaciones suficientes para guiar esa discrecionalidad administrativa posterior a su emisión, teniendo en cuenta, sobre todo, los considerandos y la motivación del fallo, sobre todo los hechos que lo fundamentan, al modo cómo se aplican un concepto o una norma indeterminados. Si esto es ejecución es, ciertamente, una muy peculiar y distinta de lo que normalmente suele llamarse tal, a partir de obligaciones específicas y determinadas por su contenido en un título ejecutivo o en un fallo común.

Esto aclara —en segundo lugar— que el contenido de un fallo contencioso anulatorio se puede desglosar en varios tipos de obligaciones a cargo de la Administración vencida, a saber: la obligación legal genérica e indeterminada de darle cumplimiento en letra y en espíritu; las obligaciones específicas y expresas que el fallo pone a cargo de la Administración con ese mismo objeto; las obligaciones de la Administración no indicadas en el fallo, pero necesarias para que, en un nuevo ejercicio de la discrecionalidad, la Administración restituya las cosas al estado anterior al acto anulado y para que —lo que es igualmente importante— satisfaga en lo jurídico y

---

de la Reforma a la Justicia Administrativa en Costa Rica, las obras fundamentales sobre la materia, a saber: Massimo SEVERO GIANNINI y Aldo PIRAS, *Giurisdizione Amministrativa e Giurisdizione Ordinaria nei Confronti della Pubblica Amministrazione,* voz de la "Enciclopedia del Diritto", Milán, 1969, esp. págs. 253 a 257, 264 y 265; Aldo PIRAS, *Interesse Legittimo e Giudizio Amministrativo,* Giuffrè, Milán, 1962, principalmente el vol. II, caps. II y III; Mario NIGRO, *Giustizia Amministrativa,* Il Mulino, Bolonia, 1976, págs. 275 y ss., esp. 287 a 292, así como la espléndida contribución del mismo autor sobre el tema a lo largo de varios años y varios trabajos precedentes a la obra ya citada, en sucesivos artículos esclarecedores, ahora en el volumen *La Riforma del Processo Amministrativo,* Giuffrè, Milán, 1980, particularmente los artículos "Linee di una Riforma Necessaria e Possibile del Processo Amministrativo" (págs. 142-149) y "Problemi Veri e Falsi della Giustizia Amministrativa" (págs. 72 a 78), pero, sobre todo, el artículo suyo publicado en el volumen colectivo *Il Giudizio di Ottemperanza,* Giuffrè, Milán, 1983, titulado "Il Giudicato Amministrativo ed il Processo di Ottemperanza", que es quizá la sistematización más completa hasta la fecha sobre el espinoso tema; las actas del *Convegno sull'Adempimento del Giudicato Amministrativo,* Giuffrè, Milán, 1962, donde son notables las relaciones de Aldo SANDULLI ("Consistenza ed Estensione dell'Obbligo delle Autorità Amministrativa di Conformarsi ai Giudicati"), de Massimo SEVERO GIANNINI ("Contenuto e Limiti del Giudizio di Ottemperanza"), de Enrico GUICCIARDI ("L'art. 27.4 e il giudicato amministrativo") y de Feliciano BENVENUTI ("Valore delle Pronunce ex art. 27.4 t.u. del Consiglio di Stato e loro esecuzione"); las actas del *Convegno sobre il Giudizio di Ottemperanza,* Giuffrè, Milán, 1983, en las que son notables las contribuciones de NIGRO, ya citadas, y, además, la relación de Alberto de ROBERTO ("Presentazione del Tema del Convegno"), el aporte de Franco PIGA ("L'Ottemperanza: Giudizio di Cognizione o Esecuzione"), de Corrado CALABRO ("L'Ottemperanza como Prosecuzione del Giudizio Amministrativo") y de Franco Gaetano SCOCA ("Aspetti Processuali del Giudizio di Ottemperanza"), y, finalmente, tres importantes obras doctrinarias, una de Franco LEVI, *L'Attività Conoscitiva della Pubblica Amministrazione,* Giappichelli, Turín, 1967, esp. págs. 209 y ss.; una segunda de Franco Gaetano SCOCA, *Il Silenzo della Pubblica Amministrazione,* Giuffrè, Milán, 1971, esp. Sección Segunda: "Il Silenzo Amministrativo e Interesse Legittimo", págs. 99 y ss., y Guido GRECCO, *L'Accertamento Autonomo del Rapporto,* Giuffrè, Milán, 1980, esp. la segunda parte, sobre "Profili Ricostruttivi, págs. 109 y ss.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

factualmente posible la pretensión del actor victorioso, tomando como punto de partida el texto del fallo y los hechos de éste que afectan la relación entre dicho actor y su interés, por un lado, y la potestad que dio base al acto anulado, por otra. La tendencia doctrinal más sólida en Italia es —como se dijo— la de que, si la anulación ha tenido lugar por inexistencia o defecto de los motivos discrecionales del acto, la Administración debe, en ejecución del fallo, otorgar lo pedido o querido por el actor (GIANNINI y NIGRO).

Esto tiene sentido en muchas ocasiones en las que la anulación recae sobre un acto lesivo, como una expropiación, pues una vez anulada ésta nace del fallo no sólo la obligación de restituir lo expropiado y de reparar los daños causados por la expropiación, sino la de no reiterarla en contra del actor, salvo que impongan lo contrario el Derecho o los hechos nuevos, de índole excepcional. Este deber de no reiterar el acto lesivo puede ser expreso o no, pero es siempre existente, pues sin el mismo se limitaría sustancialmente la utilidad que el proceso tendría para el actor. Lo que se satisface es, en realidad, el interés de éste en que no le sustraigan la cosa, que sólo queda satisfecho a medias si la devolución de lo sustraído es meramente temporal. El interés es que el fallo —en lugar de la Administración rebelde— establezca que la expropiación, examinados los hechos del caso y mientras no aparezcan otros en ejecución del fallo que excepcionalmente puedan justificar lo contrario, es improcedente y no reiterable. Se trata de un juicio que es, entonces, sobre situaciones subjetivas del actor y no, o no solamente, sobre actos.

Pero donde más se revela la necesaria incidencia del fallo sobre la conducta posterior de la Administración es, como se apuntó, en las hipótesis de denegación de actos favorables, lo que bien puede entenderse también como la denegación de actos menos desfavorables. En esta hipótesis —cuando se anula la denegación de una autorización, licencia, permiso, aprobación, concesión, dispensa o la denegación de una incidencia menos grave de un *acto ablatorio* o lesivo— la sentencia resulta totalmente inútil al actor si no contiene, fuera de la anulación, un mandato de que se otorgue lo ilegítimamente denegado, salvo que lo prohíban la ley o hechos posteriores al fallo, en los casos de excepción en los que estos últimos pueden jugar.

El juicio de *ottemperanza* tiene específicamente por objeto hacer valer los deberes de la Administración nacidos del fallo anulatorio —aunque no necesariamente de su texto—, indispensables no sólo para borrar las consecuencias o secuelas del acto anulado, sino para satisfacer las pretensiones del actor victorioso en la medida de lo posible, teniendo en cuenta las limitaciones y guías que el fallo contiene al respecto frente a la Administración, en su disposición y motivación, siempre que lo permitan el ordenamiento escrito y los hechos del caso fallado, con los cuales tienen que guardar estrecha o directa relación aquellas pretensiones. Y se dijo ya que los hechos nuevos y posteriores sólo excepcionalmente pueden servir para impedir o justificar la inejecución del fallo.

Pero, si bien el supuesto nominal de este juicio de *ottemperanza* —el incumplimiento del fallo por la Administración— no trasluce su originalidad, donde más sale a la luz es en punto a las medidas que el juez puede adoptar a título de sentencia. Estas son órdenes de hacer, dar, no hacer o soportar, incluso, dictados tocantes al ejercicio de la potestad discrecional de la Administración, naturalmente excepcionales, pues esas órdenes afectan actos debidos o reglados en la normalidad de los casos. Pero pueden darse, además, medidas conminatorias —subsiguientes o simultáneas con las órdenes y mandatos— y represivas, ejecución de las conminaciones o apercibimientos y consistentes en anulaciones de los actos violatorios de la letra o del espíritu de la sentencia. Lo que más caracteriza este proceso de *ottemperanza,* sin embargo, son las potestades de sustitución del juez sobre la Administración, renuente a ejercer su discrecionalidad o a ejercerla con las bases, fines y límites que el fallo le indica, o que indican al juez tanto como a la Administración los hechos probados en relación con los fines de la potestad discrecional en juego, aunque el fallo no los contenga expresamente. Es decir, el juez, en sede de *ottemperanza,* puede conocer de las bases, condicionamientos de contenido y fines inmediatos de las medidas discrecionales que deben adoptarse para satisfacer las pretensiones del actor en armonía con el interés público y con la ley, y puede sustituir a la Administración en la adopción de estas medidas, si ésta no adopta ninguna o adopta aquella que, a juicio del juez con vista de los hechos probados, no son debidas o son inconducentes para lograr la satisfacción del actor dentro de aquellos límites. Dudoso es si se trata de sustitución de la discrecionalidad por ilegitimidad de los actos discrecionales dictados por la Administración o, meramente, por discrepancia con ésta en relación con aspectos propiamente discrecionales y de mérito de dichas resoluciones, no atinentes a su legitimidad. Es cierto que, ante la inercia de la Administración después del fallo anulatorio, o una vez removidas como indebidas las resoluciones adoptadas por ésta, con vis-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ta en los hechos probados y el Derecho del caso, el juez puede hasta sustituir plena —aunque excepcionalmente— a la Administración en el ejercicio de sus potestades y dictar los actos discrecionalmente necesarios para cumplir los fines del fallo en relación con los intereses y derechos del actor victorioso en el juicio declarativo anterior, siempre bajo la guía del interés público en juego y de la norma escrita, tal y como resultan presentes de acuerdo con aquellos hechos. Estas sustituciones son, como se dijo, excepcionales, pero posibles.[35] El límite que parece observar el *Consiglio di Stato* en los fallos de *ottemperanza* está generalmente en abstenerse de sustituciones que impliquen procedimientos administrativos nuevos, o actos y diligencias reales y no meramente actos administrativos. Si la Administración se niega a admitir en sus oficinas al servidor público reinstalado, aquel Alto Tribunal no lo coloca físicamente en su sede propia; y si para sustituir a la Administración hay que desarrollar todo un procedimiento administrativo nuevo, tampoco lo abre, limitaciones que no dejan de ser graves. Pero el juicio de *ottemperanza* significa por sí un neto avance de los poderes del juez y de la jurisdicción contencioso sobre la Administración, por comparación no sólo con sistemas —como el francés— en los que no hay órdenes ni menos sustituciones jurisdiccionales contra la Administración vencida en juicio, sino también con aquellos —como el alemán— que reconocen acciones y sentencias declarativas y condenatorias contra ella, pero que respetan en último término la discrecionalidad administrativa, que puede ser guiada y dirigida, pero nunca sustituida, por el juez del sistema.

Son varias las explicaciones posibles sobre la naturaleza de este juicio. La mejor parece ser la de quien más luminosas páginas le ha dedicado, cuando ha dicho que se trata de un juicio "necesariamente de conocimiento" y "eventualmente de ejecución". Explica el profesor Mario NIGRO, de Roma, diciendo:

> "Todo me lleva a insistir en la definición del juicio de *ottemperanza* como juicio mixto de conocimiento y de ejecución. Mixto, en doble sentido. En el sentido de que el juez de la *ottemperanza* acumula una actividad de conocimiento (cuando despeja las reticencias e insuficiencias del fallo: en lo que verdaderamente lo 'integra') y una actividad ejecutiva (cuando asume las medidas necesarias para traducir efectivamente en la realidad el Derecho dictado por el primer Juez y por él mismo, el Juez de la *ottemperanza)*". ("Actas del 27.° Convegno di Studi di Scienza della Amministrazione", *Il Giudizio di Ottemperanza,* Giuffrè, Milán, 1983, pág. 100).

Importante es establecer, dada esa naturaleza, cuál es el objeto o la materia de este juicio.

Unos dicen que éste es precisamente la total relación jurídico-administrativa creada por los hechos del juicio (GIANNINI, PIRAS y GRECCO); otros —que no encuentran posible una relación de contenido indeterminado y determinable exclusivamente a través de actos discrecionales— entienden que se trata más bien del ejercicio de la potestad en todo su arco de duración (NIGRO), y otros, finalmente, creen que el objeto y materia están en el interés legítimo, cuya satisfacción, a partir del fallo anulatorio, es la base y guía para el descubrimiento de su verdadero alcance y contenido (SCOCA). En nuestro concepto es correcta la primera de tales tesis, pero mucho más claro y asequible para el jurista costarricense la segunda, sin que, por otra parte, se halle gran distancia entre una determinada y cualquiera de las otras dos. De conformidad con el proyecto de articulado propuesto, nos hemos referido al "ejercicio de la potestad" como al objeto y materia del proceso contencioso, sin que pueda decirse que ello

---

35. La doctrina italiana es unánime al respecto, aunque haya enfoques varios respecto del grado en que la sustitución jurisdiccional de la Administración puede darse; todos admiten, al hilo de la jurisprudencia del *Consiglio di Stato*, que el juez de la *ottemperanza* puede realizar actos equivalentes de los discrecionales de la Administración en lugar de ésta, cuando ello resulte el único medio o modo para vencer la resistencia injustificada de la Administración a satisfacer las pretensiones del actor victorioso mediante nuevos actos discrecionales posteriores al fallo anulatorio. Véanse, al respecto, GIANNINI, *op. cit.*, págs. 264 y 265; DE ROBERTO, *op. cit.*, págs. 49 a 51 y 57 a 58; NIGRO, *Il Giudizio di Ottemperanza, op. cit.*, pág. 106; Guglielmo ROHERSSEN DI CAMMERATA, "L'Azione Esecutiza nei Giudizi contro la Pubblica Amministrazione nel Diritto Italiano", *Estudios de Derecho Administrativo*, Universidad de la República, Montevideo, 1979, vol. II, págs. 301, 302 y 304. Innecesario resulta insistir: hay total acuerdo sobre el hecho de que el juez de la *ottemperanza* tiene potestades sustitutivas de la discrecionalidad administrativa cuando ésta se ejerce mal y ello resulta la única forma posible de vencer ese mal ejercicio. Esto ha sido reconocido, además, por pronunciamientos de la Asamblea General del *Consiglio di Stato*, núm. 23 de 1979, según lo informa DE ROBERTO, *op. cit.*, pág. 50.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

implique inzanjable rechazo de ninguna de las otras dos teorías (la de la relación jurídico-administrativa y la del interés sustancial por satisfacer).

Para entender estas tesis es necesario partir de una explicación común a todas. En efecto, lo importante es entender la relevancia decisiva de los hechos que justifican o pueden justificar el ejercicio de una potestad discrecional frente a otro sujeto, llamado a recibir sus efectos como destinatario del acto en que ese ejercicio se concreta. Esos hechos tienen fuerza normativa del caso que componen y permiten formular una regla de conducta que llena o determina el contenido del acto administrativo. El interés es la posición o situación jurídica del destinatario potencial del acto (antes de su emisión o después de su anulación), que espera que éste le sea lo más favorable posible y que la norma casuista de conducta en que se base permita satisfacer su pretensión. Se trata de un interés sustancial en un bien de la vida, que sólo puede procurarle un acto administrativo. Y para ese efecto la ley lo arma con potestades de participación en el procedimiento administrativo que lo capacitan para hacerse oír ante la Administración e influirla para lograr de ella el acto más favorable posible dentro del caso. Hay desde antes del juicio y del acto, desde que se inicia el procedimiento administrativo para dictarlo y, todavía más, desde que ocurren los hechos que le sirven de antecedente, una verdadera relación jurídica entre el interés legítimo y la potestad discrecional, cuyo objeto es el acto administrativo favorable al actor, del contenido indeterminado, pero determinable a partir de tales hechos, cuya virtud normativa es igual para todo el que se encuentre ante ellos. La apreciación en concreto de esos hechos permite encontrar el método o la vía correcta para dictar el acto dándole contenido, y es la inobservancia de ese método lo que provoca el proceso, evidentemente, no para anular el acto desfavorable, sino para obtener el favorable. Ahora bien, cuando surge el juicio de *ottemperanza* ya la sentencia anulatoria está firme y para ser ejecutada. En el juicio de *ottemperanza* el juez tiene que tener en cuenta no sólo el fin público que la Administración vencida debe lograr mediante el ejercicio de la potestad discrecional, sino también la pretensión del actor victorioso y garantizar a éste la observancia por la Administración de aquel método de razonamiento y valoración para formular el contenido del acto, con vista del fallo ya dictado, de sus hechos probados y de la situación real en que actúa la Administración después de la anulación, a la cual la sentencia tiene que adaptarse en algún grado. Se trata de que el juez garantice en lo posible la satisfacción de la pretensión del actor victorioso en el proceso de anulación, para lo cual éste tiene eventualmente que sustituir a la Administración en el ejercicio debido de su potestad discrecional, de acuerdo con el modelo para tal ejercicio que el juez descubra e imponga, si la Administración lo rechaza, por acción u omisión. No se trata, ciertamente, de actividad administrativa, sino de actividad jurisdiccional sustitutiva, pero equivalente de la Administración, desde el punto de vista de sus efectos.

La cuestión capital que surge después de lo dicho es: esa actividad jurisdiccional sustitutiva de la discrecionalidad administrativa no ejercida o mal ejercida, ¿es control de legalidad o de oportunidad?

En la medida en que se trate de la formulación de una regla del caso de acuerdo con sus hechos, es cuestión de legitimidad. Si los hechos imponen una regla que es igual para todo el que los conozca o esté situado en o por ellos, la aplicación de esa regla es un imperativo jurídico y su ignorancia una forma de ilegitimidad. Y en la medida en que la regla casuista debida o única no se descubra por mal conocimiento de los hechos o ignorancia de los intereses que activan o de su jerarquía (importancia) dentro de la situación, habrá también una ilegitimidad, más de la función que del acto administrativo. Todos los defectos lógicos y estimativos en la elaboración y formulación de la regla del caso, surgida del mismo y al mismo referente, son vicios del acto o de la función y repercuten en la validez del primero.

El juicio de *ottemperanza* va más allá, porque afecta también a lo que es propiamente discrecional. Cuando el caso sugiera varias reglas aplicables, porque aparezcan alternativas para lograr el fin público de la potestad y satisfacer las pretensiones del actor victorioso, la Administración podrá escoger, pero también deberá hacerlo en virtud del carácter necesario de su conducta para la satisfacción de ambos intereses. Si la Administración no lo hace o lo hace mal, desde uno o de ambos puntos de vista (interés público y pretensión en juego), el juez puede declarar la forma correcta de escoger o de elegir y puede ordenar y dirigir la conducta de la Administración para corregirla y, finalmente, sustituirla, si no se corrige en los hechos. En esta última hipótesis hay una actividad claramente sustitutiva de la discrecionalidad administrativa, fundada en el desfallecimiento de ésta, que, sin embargo, es jurisdiccional, en la medida en que intenta hacer cumplir el fallo y satisfacer los intereses tutelados por la ley en el caso concreto, la que crea la potestad y da fundamento jurídico al fallo. De este modo, el juicio de *ottemperanza* es tanto control jurisdiccional de legalidad como acto de oportunidad, en cuanto puede ser una jurisdicción sustitutiva del mal ejercicio de la discre-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

cionalidad administrativa. Y así, como un ilustre autor dijera de este juicio de *ottemperanza* que es un proceso necesariamente de conocimiento ejecutivo, puede decirse que es un proceso necesariamente de legalidad y eventualmente de oportunidad, por implicar la eventual sustitución jurisdiccional de la discrecionalidad administrativa, en hipótesis de abandono (inercia) o de mal ejercicio de la misma por la Administración obligada a ejercerla frente al actor victorioso en el proceso contencioso.

¿Cuál es la enseñanza fundamental de esta brillante invención italiana?

Es la conclusión de que el proceso contencioso debe servir tanto para garantizar la legalidad administrativa como para satisfacer la pretensión del actor victorioso en la anulación, para lo cual es necesario vincular la discrecionalidad posterior al fallo anulatorio de acuerdo con un modelo de su ejercicio descubierto por el juez, con vista de los hechos del caso, eventualmente con sustitución por él de la Administración contumaz de inobservancia. Es decir, que para ser eficaz y cumplir cabalmente su función tutelar de los derechos e intereses legítimos —y no sólo de la legalidad— el proceso contencioso debe permitir que, en sentencia o en ejecución de sentencia, el juez pueda vencer el mal uso de la discrecionalidad administrativa contra el actor victorioso, dictando el modelo de ejercicio correcto de esa discrecionalidad en el caso concreto y, eventualmente, sustituyendo a la Administración, si ésta se mantiene inactiva o dicta actos contrarios a ese modelo impuesto por el juez.

Se trata de que el juez intervenga ya no sobre el acto, sino principalmente sobre la relación entre Administración y administrado con ocasión de aquel ejercicio o, mejor dicho, con base en los hechos que lo motivan y que son fuente de beneficios futuros para el actor victorioso, a modo de esencia del interés legítimo en la obtención de tales provechos o ventajas.

Encontramos una falla en esta técnica procesal italiana, que es el ensanchamiento de la fase de ejecución de sentencia y de su juicio de *ottemperanza* en perjuicio del período procesal de conocimiento, previo al fallo. Pues bien, podría ser ese período normal de conocimiento el que aportara al expediente los elementos de ponderación propios del juicio de *ottemperanza*, a efecto de lograr que sea el fallo por ejecutar —y no de la ejecución— el que pueda contener las declaraciones y condenatorias relativas al posterior ejercicio de la discrecionalidad en beneficio del actor victorioso y de sus pretensiones. Es decir, bien puede y debe ser el fallo la definición del "modelo" de ejercicio de la discrecionalidad que debe observar la Administración frente al actor victorioso, con vista de la anulación del acto y de los fundamentos de hecho y Derecho del fallo anulatorio.

Dicho lo cual no podemos ocultar la especial atracción que esta invención italiana ha tenido sobre la Comisión Redactora del Anteproyecto para la Reforma de la Justicia Administrativa en Costa Rica. El articulado que propusimos se limita a consagrar los tipos de acciones y de fallos declarativos y de condena congruentes con tal enfoque. Conviene establecer enseguida la posibilidad constitucional de su adopción y aplicación en Costa Rica.

5. LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS POTESTADES JURISDICCIONALES DE ORDENACIÓN Y SUSTITUCIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

a) El planteo correcto del problema. Un planteo correcto del problema ahorra largas explicaciones favorables a la constitucionalidad de las órdenes a la Administración y, sobre todo, de las sustituciones de ella por el juez. Nos interesan principalmente estas últimas, pues resulta obvio que despejar su constitucionalidad —o lo contrario— conlleva igual conclusión respecto de las órdenes por mayoría de razón. El punto crítico de contacto entre la autoridad del juez y la autonomía constitucional del Poder Ejecutivo está precisamente en las sustituciones de la Administración por el juez y en su justificación. Justificación que, por otra parte, parece no sólo posible, sino sencilla, con un planteo correcto del problema. Porque el juez contencioso que las lleva a cabo sólo lo hace ante la inercia o los subterfugios de la Administración para darle al actor lo que pide, no ante un correcto ejercicio de la discrecionalidad. Cuando el juez define ese correcto ejercicio no está necesariamente fijando el contenido del acto discrecional

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

debido en cuanto a su emisión, después de la anulación del impugnado, para alcanzar aquella satisfacción en favor del actor victorioso. Está indicando cuáles son los hechos probados, los intereses y efectos que tienen para la decisión del asunto, la forma en que debe tomárselos en cuenta y jerarquizarlos con ese fin y las alternativas existentes. Es posible que éstas falten o que una sea, evidentemente, la mejor y otra u otras las peores, lo que eliminaría la discrecionalidad en el caso concreto, por obra de los hechos del caso; pero ello no es necesario y, entonces, la discrecionalidad sobrevive a la anulación del acto, exclusivamente en cuanto al motivo o contenido del mismo, pero dentro de las indicaciones y valoraciones imperativas ya formuladas por el juez en sentencia o en ejecución de sentencia. El juez regula el ejercicio de la discrecionalidad para identificar las alternativas y valorarlas, pero no hace necesariamente la escogencia de motivo y contenido, que queda a disposición de la Administración. Lo que es debido, en virtud de la ley y del fallo (si se trata de ejecución de éste), es llevar a cabo la operación intelectual, valorativa y volitiva, y dictar el acto final que surte efecto frente al actor victorioso, dentro de las determinaciones, regulaciones y límites previamente establecidos por el fallo o por la ejecución de éste. Dentro de ese marco, la Administración vencida en juicio podrá ejercer su discrecionalidad, que seguirá siendo tal. Es únicamente cuando la Administración viola ese deber, por inercia o desacato al juez, que éste puede sustituir a ella. Y no lo hace para dictar un fallo, sino para dictar el acto o realizar la actividad necesarios con el fin de satisfacer la pretensión del actor. Cuando el juez hace la sustitución, ya no juzga ni controla, con base en la ley o en las reglas de la oportunidad, sino que actúa para lograr la misma inmediata satisfacción de la pretensión victoriosa que lograrían el acto o la actividad administrativos con el mismo fin, aun si son discrecionales. Es sobre estas bases que debe plantearse la constitucionalidad de la sustitución jurisdiccional de una presunta discrecionalidad administrativa con miras a una satisfacción de los intereses —públicos y privados— que ésta pone en juego.

b) El problema dogmático: la potestad de sustitución es compatible con la plena autonomía de la Administración.

La actividad jurisdiccional es sustitutiva siempre que es condenatoria, porque conduce directamente a la sustitución del vencido en juicio si no cumple la condena, salvo el caso de una imposibilidad en la sustitución, que se traduce en una indemnización a favor del actor. Desde este punto de vista, la sentencia condenatoria puede tener cualquier contenido y desembocar, incluso, en la emisión de actos y en la celebración de contratos por el juez, de índole jurisdiccional, pero equivalentes por su efecto de otros cuyo otorgamiento o adopción era deber de la parte vencida, que lo quebrantó omitiéndolos; es el caso del juez que otorga una escritura o un contrato ante la rebeldía de la parte obligada a hacerlo (art. 1066 Código Civil). No se trata, obviamente, de acto notarial o contractual del juez, sino de acto procesal de éste equivalente del notarial o contractual. Es igualmente evidente que en hipótesis como éstas el acto sustitutivo dictado por el juez no consiste en una declaración de Derecho, como tampoco en una condenatoria, sino en un acto o actividad diversos, pero que las suponen. Lo que vincula el acto procesal sustitutivo con el fallo previo no es su naturaleza homogénea con éste —que no existe—, sino su función al servicio de la plena ejecución de éste. La sustitución del caso es un acto de ejecución del fallo conforme con el artículo 76 de la LRJCA. Así puede entenderse claramente a la luz de éste cuando dispone:

> "Art. 76. Firme la sentencia, el Tribunal dictará o dispondrá, a solicitud de parte, las medidas necesarias y apropiadas para su pronta y debida ejecución".

El artículo 76 legitima todas las medidas conducentes a la ejecución del fallo en sentido amplio y ello no viola la discrecionalidad, aun si hay sustituciones de ésta por el juez, porque la sustitución va precedida por órdenes y directrices suyas que la excluyen en cuanto a la materia de las mismas. Y esas órdenes son una expresión de los criterios y guías impuestos al juez por los hechos probados y los intereses que ponen en juego para la satisfacción de las pretensiones del actor victorioso, no actos discrecionales del juez. La violación de tales disposiciones jurisdiccionales dictadas por los hechos del caso, por sentencia o en su ejecución, es el supuesto para el ejercicio de la potestad jurisdiccional, estrictamente procesal, de sustitución (por el juez) de la discrecionalidad administrativa, obviamente después de un apercibimiento adecuado en favor de la Administración rebelde. Pero cuando ello ocurre, como se dijo, la función jurisdiccional se realiza por la acción, no por acto de control llamado simplemente a la aplicación del Derecho en el caso concreto. Desde el punto de vista de su naturaleza intelectual o volitiva, la sustitución procesal de la discrecionalidad administrativa es tan distinta de la jurisdicción expresada en el fallo como cualquier otro acto

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

administrativo, con la diferencia sustancial de que su función es lograr la satisfacción de la pretensión del acto en el marco del fallo ya ocurrido y para ejecutar éste. En esta hipótesis podría decirse que nace una competencia jurisdiccional subsidiaria o supletoria de la administrativa y no para ejercer la discrecionalidad propia de esta última —ya desaparecida—, sino para satisfacer la pretensión del actor victorioso.

Ahora bien, el esquema descrito no es exclusivo del Derecho Procesal. En el Derecho Administrativo hay también la posibilidad de sustituciones en el Ente público autónomo por el órgano de tutela o condición de que aquél rehúse cumplir un deber legal específico y haya una ley que autorice la sustitución. Esto es así porque, caso opuesto, el respeto a la autonomía se convertiría en apoyo a la rebeldía contra la ley, que ordena hacer lo que omite el Ente público. Siempre que haya ley excepcional que lo autorice expresamente y que prevea el deber específico infringido, el Estado contralor puede sustituir al Ente público omiso, sin que ello se repute violación de la autonomía de este último, ni aun cuando ésta sea constitucional.[36] Es que si hay deber de satisfacer al actor no hay discrecionalidad para derrotarlo. Nuestra LGAP se ha hecho eco de esta distinción, pero la ha reducido absurdamente a la hipótesis de las relaciones jerárquicas, siendo así que su mayor relevancia y utilidad se da en las de contralor de un Ente sobre otro, cuando está de por medio una autonomía administrativa, constitucional o común.[37] Y la regla que ha de extraerse es —como resulta claro— que la sustitución es compatible con la autonomía del sustituido en los casos en que éste la ha abandonado, por violación de los deberes legales a su cargo (para un correcto ejercicio de sus potestades en el caso de Entes públicos).

En la hipótesis del juez frente a la Administración vencida en juicio se dan todos los supuestos necesarios para que proceda la sustitución de ésta por aquél, incluso en el ejercicio de sus potestades discrecionales, que, según lo dicho, no es tal, sino ejercicio de una función típicamente jurisdiccional. Lo fundamental es que esos supuestos se den, como efectivamente ocurre. Esto es muy claro. Nadie puede negar el deber legal de ejecución de los fallos por la Administración, sobre todo si son fallos contra ella. A nivel constitucional, ello es evidente en Costa Rica por virtud del artículo 149.5 (que hace responsable a presidente y ministro "Cuando impidan o estorben las funciones propias del Poder Judicial") y, sobre todo, el artículo 153 *in fine* de nuestra Carta (que atribuye al Poder Judicial "resolver definitivamente sobre ellas —las causas procesales— y ejecutar las resoluciones que pronuncie"), todo lo cual constituye, además, principio general del Derecho Procesal y Constitucional. Y no puede dejar de mencionarse el artículo 9, párrafo primero (en cuanto establece la identidad e independencia recíproca de los Supremos Poderes), porque ello implica el deber de cada uno de respetar los actos del otro dentro del ámbito de sus funciones constitucionales, incluso en sus efectos sobre los demás, que de otro modo complotarían contra la distribución de dichas funciones. Si fallar y ejecutar sus fallos es función del juez, cumplirlos y sujetarse al juez en ese cumplimiento es deber constitucional correlativo y específico —porque determinado o determinable por el fallo— a cargo de la Administración vencida en juicio.

Es muy claro —por lo que se ha visto del juicio de *ottemperanza*— que por ejecución ha de entenderse aquí, en sentido amplio, no sólo el cumplimiento de mandatos expresos y precisos derivados del fallo, sino también el de sus mandatos implícitos y sólo determinables con vista de los hechos probados y del Derecho aplicado por aquél, en función de la satisfacción de los fines públicos y, sobre todo, de las pretensiones del actor.

Se trata, como entonces se vio, no sólo de aplicar la ley y el fallo mismo como norma expresa del caso, sino también de descubrir y revelar la fórmula para lograr esa doble satisfacción del interés público y del interés privado envueltos. Y este deber —como es obvio— se puede infringir no sólo con la inactividad o la abstención de la Administración después del fallo anulatorio, sino también con actos suyos que tienen por efecto reiterar la disposición del acto anulado con otra motivación o crear condiciones que hagan imposible al actor lograr lo que pretende en forma directa. La jurisprudencia del *Consiglio di Stato* ha superado ya la etapa en que

---

36. Jacques DEMBOUR, *Les Actes de la Tutelle Administrative en Droit Belge*, Larcier, Bruselas, 1955, págs. 197 y 201; Serge REGOURD, *L'Acte de Tutelle en Droit Administratif Français*, LGDJ, París, 1982, págs. 159 y 160.

37. André DE BUTTGENBACH, *Theorie Générale des Modes de Gestion des Services Publiques*, Larcier, Bruselas, 1952, págs. 234 y 235; Eduardo ORTIZ, *La Descentralización Administrativa Costarricense*, Lehmann, San José, 1966, págs. 198 y 199; Juan PÉREZ BURRIEL, *Tutela Provincial Administrativa*, Diputación Provincial de Valencia, Valencia, 1974, págs. 335 y ss.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

sostuvo que la única forma de incumplimiento del fallo contencioso que daba lugar al juicio de *ottemperanza*, para su acatamiento, era la total inercia de la Administración después del fallo anulatorio, para sostener hoy —ya sin amagos de retroceso— que también hay incumplimiento cuando hay cumplimiento parcial, desviado hacia la frustración indirecta de lo pedido por el actor o, simplemente, hacia la consolidación de la situación preexistente al fallo y favorable a la Administración.[38] Se incumple el fallo y se viola el deber legal opuesto no sólo cuando hay abstención, sino cuando hay acción maliciosa o tendenciosa hacia la frustración del fallo y de las pretensiones del actor victorioso.

Esto indica, trasladado a nuestro medio (donde operan sin modificaciones las mismas razones de respeto a la buena fe en el cumplimiento del fallo y del Derecho en general que han justificado el viraje jurisprudencial italiano antes aludido), que el supuesto para que el juez pueda sustituir a la Administración en el ejercicio de su discrecionalidad sin violar su autonomía constitucional se da tanto cuando la Administración se mantiene inerte e inactiva después del fallo anulatorio como cuando dicta actos incidentes sobre la materia de éste, pero claramente incompatibles con su disposición y, sobre todo, con su fundamentación, directa o indirectamente. En ambas hipótesis por igual, la Administración incumple su deber de acatar el fallo en beneficio del actor victorioso, y la única forma posible de evitarlo es sustituirla, dictando en lugar de la Administración y a título de ejercicio de la función jurisdiccional los actos procedentes para satisfacer las pretensiones del actor, incluso si tales medidas son discrecionales. No se trata entonces, como ya se dijo, de actos administrativos discrecionales, sino de formas jurisdiccionales de actuación de una potestad y de un deber constitucionales, puestos a cargo del juez por el artículo 153 C. Política, de hacer ejecutar los fallos que dicta. Y esto es así porque es la única forma posible de lograr que la Administración satisfaga las pretensiones del actor y, por ahí, la verdadera función del fallo contencioso, lo que nos lleva a nuestra última consideración al respecto.

Qué es, en definitiva, la más relevante e importante, a saber: el artículo 49 C. Política no consagra la jurisdicción contencioso-administrativa como control puro de legalidad objetiva, aunque innegablemente ésa sea una de sus instituciones fundamentales. El artículo 49 es tajante, además, cuando impone proteger, "al menos, los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los administrados".

Este último (art. 49) es mandato constitucional y no meramente legislativo, que contiene todos los inherentes para garantizar la satisfacción de derechos e intereses subjetivos por la jurisdicción contenciosa, como una entre sus dos fundamentales funciones, conjuntamente con la de garantizar la legalidad de la Administración. Significa que la Constitución permite —cuando no impone— la adopción por el juez contencioso de todas las medidas necesarias para el cabal cumplimiento de esa función tutelar de situaciones jurídicas subjetivas del actor victorioso, sobre todo de aquellas que sean únicas para ese fin, porque no haya alternativas al respecto. En tanto así lo sean, esas medidas son impuestas por los hechos para cumplir un fin constitucional del fallo, lo que puede enunciarse mejor diciendo que, según el artículo 49 de nuestra Constitución, la jurisdicción contenciosa puede abarcar en Costa Rica cuestiones de oportunidad, en tanto ello resulte necesario para proteger, "al menos, los derechos subjetivos y los intereses legítimos del administrado", con eventual sustitución de la Administración, si ésta insiste en derrotar las pretensiones del actor a través de un mal ejercicio de su discrecionalidad posterior al fallo anulatorio. Esto es inobjetable si se entiende, además, que la actividad sustitutiva del juez es, por definición, supletoria o subsidiaria, y sólo constitucionalmente posible cuando venga precedida por el desafío contra mandatos del juez para acomodar la futura conducta administrativa a Derecho, por el que ha de entenderse no sólo el legislativo que crea y enmarca *in abstracto* la potestad discrecional, sino, sobre todo, el nacido de los hechos del caso, fundamentalmente a título de regla justificante del ejercicio de aquella potestad y del contenido del acto salido de ese ejercicio.

En síntesis, los artículos 49, 149.5 y 153 de nuestra Carta imponen al juez contencioso el deber de tutelar no sólo la legalidad administrativa, sino, simultáneamente, los derechos subjetivos e intereses del actor victorioso que demuestre tenerlos, lo que legitima cualquier ley que apodere a aquel juez para dar órdenes, reglas y directrices a la Administración en el ejercicio de su discrecionalidad frente a dicho actor y en favor de éste, después de la anulación del acto impugnado, y, eventualmente, para sustituirse

38. Alberto DE ROBERTO, *op. cit.*, pág. 49; NIGRO, *op. cit.*, pág. 102.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

a la Administración rebelde ante esos mandatos, dictando en lugar de ella las medidas equivalentes de los actos discrecionales necesarios para satisfacer las pretensiones de dicho actor. La feliz consagración constitucional de las dos funciones capitales de la jurisdicción contencioso-administrativa, como tutora no sólo de la legalidad, sino también de los derechos e intereses legítimos del ciudadano, hacen constitucionalmente posible cualquier evolución de la misma hacia una función declarativa y condenatoria a la observancia de modos, reglas y límites judiciales concretos de la discrecionalidad posterior al fallo anulatorio, siempre que ello sea necesario para garantizar simultáneamente la realización de ambas finalidades.

Dicho lo cual, no sobra abundar invocando la historia patria, sobre el trasfondo de la francesa, para apoyar la anterior conclusión, que, evidentemente, supone plena confianza en el juez judicial de o contra la Administración de Costa Rica.

c) La historia patria. Habría que empezar diciendo —en cuanto cada historia es existencial y es única— la perogrullada de que Francia es Francia y Costa Rica, Costa Rica. No hemos tenido la convulsa realidad que en Francia tuvieron las relaciones entre Gobierno y jueces y que motivó su radical separación, cada día más atenuada y frágil, pero si la hubiésemos tenido imposible sería saber, cuando no mera conjetura, cuáles habrían sido sus efectos. Pues también divergen las condiciones e instituciones de cada país, ya que nunca en Costa Rica hemos tenido, después de la Independencia, ministros-jueces o cosa parecida ("justicia retenida" en la jerga técnica francesa).

Con esto no queremos decir que desde nuestra Independencia hayamos tenido siempre "justicia delegada", en el sentido francés de justicia contenciosa impartida por jueces auténticamente tales, por la naturaleza jurisdiccional de sus resoluciones y el carácter autónomo de su jurisdicción respecto del Gobierno o Poder Ejecutivo. La justicia administrativa auténtica no existió en Costa Rica antes de la actual Constitución de 7 de noviembre de 1949.[39] Lo que queremos decir es que nunca en Costa Rica se han reputado jurisdiccionales y expresión de verdadera justicia las decisiones de ningún ministro. No ha habido ministros que sean jueces, ni de primera ni de segunda instancia, y siempre la función jurisdiccional ha sido monopolio judicial en Costa Rica, desde la Independencia hasta hoy, con excepciones muy reducidas, todas constitucionales.[40] Cuando en 1949 se creó la jurisdicción contenciosa, el artículo 49 de la Constitución la ubicó en el Poder Judicial, donde ha estado desde entonces, sin discusión ni protesta de nadie, y más bien con el apoyo de la reforma del artículo 49 C. Política por Ley constitucional número 3124 , de 25 de junio de 1963, que reafirma tal ubicación judicial, aunque cambie la versión original en otros fundamentales aspectos.

No puede afirmarse que nuestra historia de lo contencioso-administrativo haya sido totalmente extraña a la influencia francesa, pese a tal ubicación judicial, pues hemos dependido perennemente de España para hacer esa historia, y la de España está muy marcada por el modelo francés, que heredamos de ella, sobre todo a través de la vigente Ley española de 1956, matriz casi literal de la nuestra. La influencia francesa está presente en nuestra jurisdicción contencioso-administrativa —a través de la española— no sólo en todos sus rasgos fundamentales tocantes a legitimación, acciones y pretensiones, materia y sentencia, sino, paradójicamente, en su inexistencia hasta 1949, pues fue por errada interpretación del sistema francés de separación de poderes —padecida por nuestros juristas de entonces— que se creyó inconstitucional e incompatible con ese sistema la posibilidad de que nuestros jueces anularan actos del Poder Ejecutivo, y ello limitó la materia de lo que se llamó "contencioso-administrativo" a la decisión de peticiones de resarcimiento, sin anulación de actos, en contra de la Administración.[41] Pero es muy claro, por lo mismo, que cuando se creó y ubicó constitucionalmente la verdade-

---

39. Véase al respecto la docta sentencia de Casación núm. 5 de 15 hs y 15 ms del 14 de enero de 1959, ponente Fernando Baudrit, pág. 128. Colección de Sentencia, 1.er vol., I Semestre del año correspondiente.

40. La única que hay hoy en Costa Rica es la correspondiente al Tribunal del Servicio Civil, ubicado en el Poder Ejecutivo e integrado por funcionarios de nombramiento del Presidente de la República, con fundamento en el artículo 156 C. Pol.; la constitucionalidad del Tribunal ha sido declarada por votación de Corte Plena de sesión extraordinaria de 16 de diciembre de 1954.

41. Casación, cit., *ibídem*, págs. 126, 127 y 128; el temor reverencial al Estado queda expuesto por el abogado Antonio Picado, miembro de la Comisión Redactora de las Reformas al Código de Procedimientos Civiles de 1938, quien, para justificar la inexistencia de una justicia anulatoria contra la Administración Pública, dijo: "Demandas han sido presentadas ya para que los Tribunales de Justicia ordenen la reposición en sus puestos de empleados destituidos por el Poder Ejecutivo y aún se ha querido que aquéllos revisen

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ra jurisdicción contenciosa en el Poder Judicial, pese a tales antecedentes históricos, se tomó una posición discrepante de tal errada interpretación no en uno, sino en dos conceptos fundamentales, a saber: se habilitó al juez contencioso para anular actos del Poder Ejecutivo, en primer término, y, en segundo término, se entendió debido atribuir tal jurisdicción al Poder Judicial, única verdadera sede de todo otro tipo de justicia en Costa Rica desde nuestra Independencia.

Lo anterior revela una actitud de confianza en el juez común por parte del costarricense, que siempre ha visto y sentido en el Poder Judicial un último y seguro refugio contra las injurias y arbitrariedades de toda especie, en sus relaciones con el prójimo y con el Estado. Y revela, sobre todo, una actitud de confianza en el juez judicial como juez contencioso-administrativo, como elemento armónico y compatible con la división de poderes, sin flaquezas en perjuicio de la justicia ni extralimitaciones en perjuicio de la Administración ¿Cómo podemos explicarlo?

La explicación es tanto técnica como política y radica en el universal aumento de potencia y rango de la Administración Pública contemporánea, aquí y fuera de aquí. En los países desarrollados —como los europeos— el liberalismo político y el abstencionismo económico fueron filosofías que nunca se hicieron plena realidad, pues el Estado siempre tuvo los recursos para una participación activa en la conformación de la sociedad, principalmente en la construcción de las grandes obras públicas.[42] En Costa Rica ese liberalismo y la inactividad estatal fueron realidad prolongada durante todo el siglo XIX y el primer tercio de éste, pero no por filosofía, sino por pobreza y crisis fiscales, que nunca dejaron al Estado participar sustancialmente en la vida económico-social de nuestro pueblo. Sin embargo, el vuelco hacia la dirección inversa es popular, poderoso y extenso a partir de 1940: el Estado se vuelve auténticamente intervencionista y multiplica, al tiempo que fragmenta a través de incontables nuevos Entes públicos, su actividad económica, industrial y mercantil, y con ello también las intervenciones autoritarias y las arbitrarias.

El intervencionismo y el dirigismo económicos han aumentado tanto las injurias y daños que produce el Estado como los beneficios que presta. Esto fue patente y muy grave desde 1940 hasta 1948, y produjo, finalmente, en este año el segundo y último golpe de Estado —por revolución armada— que hemos tenido en este siglo, asestado principalmente para eliminar la corrupción administrativa y política y restablecer la dignidad y la legalidad del Gobierno, que nunca se restablecieron. Así nació la Constitución actual, que se hizo entonces a partir de una grave desconfianza en el Gobierno y para sujetarlo a su régimen que garantizara no sólo su eficiencia, sino su pureza, fundamentalmente a través de las autonomías administrativas (concedidas como una nueva versión de la división del poder, pero con la función tradicional de salvaguardar la legalidad y los derechos humanos); de un verdadero cuarto Poder Electoral, que llamó Tribunal Supremo de Elecciones; de un régimen severo de control administrativo ejercido por la nueva Contraloría General de la República, y de un nuevo régimen de contralor jurisdiccional, ejercido por el Poder Judicial.[43] Si algo es cierto en la historia de nuestra justicia administrativa es que la misma nació bajo el signo de una esperanza puesta en el Poder Judicial como muro de contención contra las arbitrariedades gubernamentales y de protección a favor de los derechos e intereses del individuo frente al Estado y otros Entes públicos. Es decir, tuvo una génesis no sólo diversa, sino opuesta a la que le dio luz entre las convulsiones de la Revolución Francesa.

Y casi puede decirse que, si bien nuestro constitucionalismo arranca de la Constitución de Cádiz de 1812 —que fue la matriz del Pacto de Concordia, nuestra primera Carta de 1821—, se alínea más con la tradición anglosajona de respeto casi místico y hasta mítico por el juez judicial común (piedra de clave del *common law)* que con la francesa de recelo y defensa frente a él en sus relaciones con el Gobierno (igualmente importante para entender lo que llamaríamos el *common law* de los franceses, que es su Derecho Administrativo jurisprudencial creado por jueces orgánicamente gubernamentales, aunque funcionalmente autónomos frente al Gobier-

---

actos políticos ejecutados por éste. Para evitar semejantes pretensiones, *incompatibles con nuestro régimen legal,* se establece en el artículo 970 que no pueden ser materia de juicio contencioso-administrativo (en definitiva, Civil de Hacienda) la discusión de los actos de carácter político del Estado y que no puede dar lugar al mismo el simple ejercicio de facultades discrecionales concedidas por la ley" *(op. cit.,* pág. 128).

42. Massimo SEVERO GIANNINI, *Diritto Pubblico dell'Economia,* Il Mulino, Bolonia, 1977, págs. 21 y 29 a 32.

43. Eduardo ORTIZ, *Costa Rica: Estado Social de Derecho,* "Revista de Ciencias Jurídicas", núm. 29, 1976, págs. 59 a 63.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

no.[44] La justicia es la última voz de todo conflicto humano y exige confianza y no sólo respeto: la historia política de Francia, que desconfía del juez judicial, ha tenido que poner su fe en el juez administrativo. Costa Rica nunca tuvo motivos para aquel recelo contra el juez común y ha terminado por tener motivos para lo contrario en la arbitrariedad y la corrupción crecientes del Gobierno y la Administración Pública nacionales, confirmados después de 1949. Una justicia contenciosa que fuera orgánicamente administrativa sería —hoy más que nunca— una burla de la justicia cabal en Costa Rica.

En síntesis, no sólo dogmática, sino históricamente, nuestra Constitución da plena base para las intervenciones del juez sobre la Administración y sus potestades discrecionales, a condición de que ello resulte necesario y, eventualmente, excluyente de cualquier otro tipo de medida para garantizar la legalidad y, sobre todo, los derechos e intereses del individuo frente al Gobierno y a su Administración. Los controles jurisdiccionales, en cuanto último recurso con efecto de cosa juzgada, incluyen excepcionalmente potestades no sólo de censura y paralización de la conducta juzgada, sino también de sustitución de ésta, cuando no haya otra vía para evitar la ilegalidad y para satisfacer las pretensiones legítimas del actor victorioso. O sea, la jurisdicción puede implicar acción sustitutiva y no sólo control puro, a modo de potestad jurisdiccional extraordinaria, aunque no jurisdicente. Cuando los italianos abiertamente —y los otros sistemas germinalmente— admiten procesos llamados a habilitar declaraciones y condenas específicas contra la Administración, incidentes aun sobre su discrecionalidad, iluminan una vertiente nueva de la jurisdicción, pero no la crean de la nada. Lo que hacen es desarrollar los principios básicos de la justicia rogada, bajo la disposición del individuo, que la pone en marcha con su demanda para la protección de sus derechos e intereses, no sólo para eliminar lo ilegal, sino también para garantizar la satisfacción de estos últimos, dentro del marco de la ley. El descubrimiento tiene bases y alcances que son universales. Nuestras ponencias sometidas a debate se limitan a participar en esa universalidad de principios, que prueba más bien una comunidad de culturas.

Conclusión: queremos concluir. Con respeto y reverencia hemos iniciado la revisión de la actual Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Porque su padre es GONZÁLEZ RETANA y su abuelo es JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, tiene que ser —como es— una excelente ley. En cuanto tal, las innovaciones técnicas de sus instituciones —sobre todo si son de Derecho Administrativo y no de Derecho Procesal Administrativo— han parecido a la Comisión Redactora no sólo innecesarias, sino inconvenientes. Una ley técnicamente excelente es capaz de recibir y dar vida institucional en la jurisprudencia que genera, que en Costa Rica ha ido mejorándola al decantar lenta y cristalinamente el espíritu de su texto. La imposición legislativa de esos progresos meramente técnicos puede ser mala y hasta peligrosa, si obedece a proyectos menos excelentes que la ley original, de esos que llevan consigo el estigma de las improvisaciones, usuales en Costa Rica por ignorancia o ambición, o por la ignorancia que provoca la ambición.

La Comisión ha visto con mejores ojos el intento de lograr reformas que ameriten perder algunas excelencias de la ley actual a cambio de abrir nuevos horizontes de justicia, incompatibles con su texto, pero no con su espíritu. Se trata de aquellos cambios que sean pocos, pero fundamentales, y que dejen intocado el resto de la ley, para continuar aprovechando los frutos de su excelencia. Esa actitud es la que justifica las reformas que propone.

---

44. Curiosamente, la tendencia parece propia de varios países latinoamericanos, herederos de la Constitución de EE.UU. de Norteamérica más que de la de Cádiz y de las Constituciones revolucionarias francesas; para lo cual véanse, en relación con Argentina, Carlos SÁNCHEZ VIAMONTE, *Manual de Derecho Constitucional*, Kapeluz, Buenos Aires, 1944, págs. 74, 75 y 81; Jorge Reinaldo VANOSSI, *Teoría de la Constitución, Teoría Constituyente*, Depalma, Buenos Aires, 1975, págs. 481 y 482, y, también, Salvador María LOZADA, *Derecho Constitucional Argentino*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1972, págs. 340 y 341, todos los cuales indican que Argentina siguió la división de poderes estilo norteamericano y no estilo francés, sin temores ni prejuicios contra el Poder Judicial. La situación en Francia parece ser otra, y autores connotados hay que sostienen la inexistencia allá de un verdadero Poder Judicial igual de los otros dos, tesis apuntalada por la omisión de un régimen propio del mismo en la vigente Constitución francesa de 1958; para lo cual véanse Francis Paul BENOIT, *Le Droit Administratif Français*, Dalloz, París, 1968, págs. 286 y 287, comentado en igual sentido por Julio PRAT, "Montesquieu, *L'Esprit des Lois*, el Principio de Separación de Poderes y su Proyección y Vigencia", *Estudios de Derecho Administrativo*, Universidad de la República, Montevideo, 1979, vol. 1, págs. 344 a 347. No hay dudas sobre el origen hispánico —y no norteamericano— de nuestro Pacto de Concordia (también llamado Pacto Social Fundamental Interino, de 1 de diciembre de 1821), pero es muy claro, por todo lo dicho, que éste tampoco adoptó una posición francesa respecto del Poder Judicial, cuya autonomía copió de la Constitución de Cádiz y germinó en su ulterior consolidación institucional en Costa Rica como verdadero y más confiable defensor del individuo y de sus derechos.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Las podemos resumir diciendo: si la Constitución ordena tutelar, al menos, los derechos e intereses del ciudadano frente a la Administración, la única forma de lograrlo es un nuevo proceso que garantice no sólo el reconocimiento y restablecimiento de los derechos, sino también los de los intereses legítimos, y no sólo anulaciones o indemnizaciones pecuniarias, sino también la satisfacción de las pretensiones del actor victorioso por cualesquiera otros medios únicos o adecuados, principalmente a través de nuevos actos discrecionales posteriores al fallo anulatorio, sean de la Administración o del juez en sustitución de ella. Esto exige modificar profundamente el texto de la ley actual en los capítulos de legitimación, materia, pretensiones, sentencia y ejecución de sentencia, como ha quedado propuesto. Todo lo demás resulta secundario frente a tan magno propósito, excepto la trascendental reforma para convertir el proceso contencioso en semioral, como lo explicará el magistrado Chacón. Si lo lográramos, la Administración sería mejor y el ciudadano más feliz, no por el mayor temor de la Administración a ofenderlo, sino por la mayor libertad del ciudadano para convivir con ella, seguro de que la Administración podrá imponerle o quitarle sólo aquello que le permitan conjuntamente la ley y un juez imparcial, encargado por el Constituyente de fijarle (a la Administración) la forma y límites del ejercicio de la discrecionalidad frente al actor victorioso, dentro del caso concreto y de acuerdo con los hechos que lo componen. En un Estado de Derecho la Administración debe estar sometida tanto a la ley como al juez, que también produce Derecho. Y en Costa Rica es mejor que ese Derecho casuista lo produzca el juez que la Administración, que sería de causa propia. La discrecionalidad no debe existir si es disimulo de la arbitrariedad, y cuando lo sea debe trasladarse al juez contencioso. Sólo venciendo jurisdiccionalmente su mal ejercicio es posible para este último cumplir con el dictado constitucional que le impone tutelar los derechos y los intereses legítimos, al mismo tiempo que hacerlo en forma pronta y cumplida. Que así llegue a ser es nuestra esperanza; que puede frustrarse, una aguda preocupación. Con o sin los textos de reforma propuestos, esta formidable empresa tendrá que realizarse porque es a todos común.

* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

EL JUICIO ORAL EN EL PROCESO CIVIL O CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

DR. FRANCISCO CHACÓN BRAVO

INTRODUCCIÓN

Los tres grandes sistemas.

Se habla de juicio oral y de juicio escrito, de sus ventajas y desventajas,sin embargo, para conocer la génesis de uno y otro, debemos hacer referencia a los tres grandes sistemas que se aplican en el continente europeo y americano. Estos son: el romano-germánico, *Common Law* y el Socialista.

El primero tiene sus bases en el Derecho Romano, que algunos llaman derechos romanistas, al que se ha preferido agregarle el término germánico.[1] A esta familia romano-germánica, pertenecen Italia, España, Francia, y los países latinoamericanos, entre otros. El *Common Law* es más bien un derecho de jueces; son ellos los llamados a resolver en sus sentencias los litigios entre los particulares, sus sentencias constituyen el precedente que vincula a una Corte inferior. La esencia de este sistema está en la sentencia dictada en el caso concreto, el derecho procesal no es un derecho adjetivo, característica que se le dio antiguamente dentro del sistema romano-germánico, sino que, por el contrario, las normas procesales tienen el mismo rango y algunas veces superior a las normas de fondo.[2]

El *Common Law* se aplica en Estados Unidos, Inglaterra, Irlanda, parcialmente en ciertos países musulmanes y en la India. El intenso tráfico comercial entre los países del mundo occidental, la publicidad, el conocimiento que por sus estudios los juristas van adquiriendo en las universidades de los dos primeros países, han hecho que ambos sistemas se acerquen, y en algunos casos hasta se hable de derechos mixtos, como en Escocia, Israel, Unión Sudafricana, Provincia de Quebec, etc. Incluso, los socialistas han englobado a estos sistemas de derecho bajo el nombre común y peyorativo de derechos burgueses.[3] Como nuestro procedimiento tiene origen en el sistema romano-germánico y canónico es necesario analizarlos brevemente.

---

1. DAVID sostiene que en "realidad fueron las universidades alemanas las que impulsaron su estudio a partir del siglo XII, imprimiéndole un desarrollo que viene a vitalizar y dándole al Derecho Romano un tratamiento científico, estudiando las normas jurídicas como normas de conducta vinculadas estrechamente a preocupaciones de justicia y de moral". DAVID,René, *Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos.* Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, España, 1969, **Boletín del Instituto de Docencia e Investigaciones Jurídicas,** Comité de Publicaciones, Año 1, enero de 1971, Nº 4, Santiago de Chile, pág. 92.

2. PACCHIONI, Giovanni. *Corso di Diritto Romano,* citado por ARTELES, Sebastián. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1978, dice que: "La contraposición romana 'ius civile' u 'ius praetorium', es muy semejante a la inglesa 'common law' y 'equity' el primero formado por las costumbres y sentencias de los tribunales, y el segundo, que se desarrolla en forma paralela, fundado en la equidad atempera el excesivo rigor del primero".

3. Dice WEISNIR:"Es notorio que el proceso anglosajón tiende a imponer ciertas modalidades propias al proceso continental europeo e hispanoamericano. Pero, por su parte, recibe la influencia de este último así un curioso fenómeno de ósmosis, que también se revela en otros aspectos de ambos derechos. Ya en otra oportunidad hemos anotado que entre el sistema de 'Common Law' y el que los anglosajones llaman 'Derecho Civil', se está produciendo, de largo tiempo atrás, un proceso lento de aproximación. En tanto que el derecho americano busca, en la magna empresa de 'restatments', su reducción a principios, en el derecho codificado está produciéndose, cada día más, una penetración de la jurisprudencia. Bien puede acontecer que llegue un día en que el derecho tenga, junto con la significación lógica y sistemática de los principios, la plasticidad y el sentido vivo del derecho de casos". WEISNIR MILAR,Robert. *Principios Formativos del Procedimiento Civil.* Traducción del inglés y notas por la Dra. Catalina Grosmann. Ediar.S.A. Editores. Buenos Aires, 1945. El estudio de la jurisprudencia en el estudio romano-germánico cobra en la actualidad una importancia fundamental, no se puede saber derecho si no se conoce la jurisprudencia ésta es como dijo MAURY, en *Los Estudios en honor de RIPERT,* Vol. I, p. 28 citado por SATTA, en su conferencia dictada el 8 de junio de 1952, en San Giovanni a Porte Latina "Es la jurisprudencia la forma única que constituye la forma viviente del Derecho, ella sola es la regla aplicada. SATTA, Salvatore, Derecho Procesal Civil, tomo III,*Soliloquios y Coloquios de un jurista,* p. 22.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

1. EL PROCESO EN EL DERECHO ROMANO

1.1. Las tres grandes épocas del proceso romano.

La historia del procedimiento romano ha sido dividida en tres épocas, que corresponden a tres sistemas: el de la *legis actionis* hasta la segunda mitad del s. II a.C., el sistema formulario (*formulae*) del s. III d.C., y el sistema extraordinario (*extraordinaria cognitio*).[4] Cuando se habla de instituciones jurídicas el Derecho Romano resulta inevitable. "Todo el mundo civilizado lleva impreso el sello de las leyes de Roma."[5]

1.2. Funciones del Magistrado y del Juez.

El Estado es el garante de la paz, las disputas entre los particulares, obliga a acudir ante el magistrado, quien no es un juez, sino un funcionario con imperio público para hacer respetar y cumplir las decisiones. El funcionario primero fue un delegado del rey *prefecto urbano*, y en la República se denominaba *pretor*. Es el demandante el que debe conducir, incluso a la fuerza, al demandado. El magistrado no juzga ni dicta sentencia, lo que hace es organizar el proceso, examinar al demandante respecto de la acción, declarar el derecho y enviar a las partes ante el juez, que no es magistrado ni funcionario, sino un particular[6] o ante un colegio que investiga los hechos y emite su opinión, la sentencia[7].

1.3. División del Proceso en dos etapas.

Tanto este sistema de la *legis actiones* y como en el formulario, el proceso se divide en dos etapas: Una ante el magistrado (*in iure*) y otra ante el juez (*in iudicio*). Se ha sostenido que en el sistema primitivo de la *legis actiones*, el magistrado no sólo no juzga, sino, que ni siquiera, da las instrucciones sobre el juicio. El primero es el sistema a) de formas solemnes, sacramentales, simbólicas. Bien es cierto que por este formalismo podría perderse el juicio, que tiene su explicación como lo podemos ver en la nota al pie[8], pero esta parte es ante el magistrado, no ante el juez, ante éste se exponen las propias razones y los elementos de prueba. Tanto, las declaraciones de los testigos,como el juramento voluntario, son de mayor importancia que la prueba documental. En la valoración de las pruebas el juez goza de la más amplia libertad, no hay ley que le imponga reglas de ninguna clase; incluso puede estar de acuerdo en que una parte se niegue a prestar juramento. Valora los testimonios, y puede basar sus conclusiones en argumentos de presunción[9]. El proceso se inicia con la *ius vocatio*, o llamamiento para la comparecencia del demandado ante el magistrado, hecho por el actor. En caso de que no aceptase comparecer se autoriza al actor a llamar testigos y hacerlos comparecer por la fuerza pública. El demandante formula su demanda y el demandado puede allanarse, atender el juramento deferido, reconociendo o no la existencia de la deuda u oponerse a las alegaciones, en que se pasa a la etapa ante el juez.[10] Éste, examina la fórmula, comprueba los hechos a que se refiere el caso escrito en la fórmula, fórmula que le manda a condenar o absolver si se dan los supuestos que ella describe y termina el proceso con una sentencia. El poder del juez se

---

4. BONFANTE, Pietro. *Instituciones de Derecho Romano*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1969, p.161. KASER, Max. *Derecho Romano Privado*, Traducción José Santa Cruz Tejeiro. Madrid, 1968, p. 353 y ss.
5. BONFANTE, Pietro. *Historia del Derecho Romano*, Traducción de José Santa Cruz Tejeiro, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944.
6. D'ORS, Álvaro. *Elementos de Derecho Privado Romano*. Ediciones Universidad de Navarra S.A., Pamplona, 1975, p.54.
7. CUENCA, Humberto. *Proceso Civil Romano*. Instituciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1957, p.12.
8. "Las acciones que estuvieron de uso entre los antiguos se llaman 'acciones de la ley' (legis actiones) y esto ya porque eran creadas por leyes (pues en ese tiempo los edictos del pretor, por los cuales se han introducido la mayoría de las acciones, no estaban en uso) ya porque estaban ajustadas a las mismas palabras de las leyes y a causa de ello eran observadas de manera inmutable al igual que las leyes. Así si alguien accionase por el corte de vides y nombrase la palabra vides (vites) en la acción, por esta denominación ha perdido el pleito, puesto que quien accionaba debía haber nombrado la palabra 'árboles' (arbores) ya que la ley de las XII Tablas, sobre la cual reposa esta acción por corte de vides habla de manera general de 'árboles cortados'" GAIUS, *Institutas*. Texto traducido por Alfredo de Prieto, Ediciones Librería Jurídica La Plata, Argentina, 1967, p. 280.
9. BONFANTE, Pietro. *Op.cit.*, p. 195.
10. FRANCISCI, Pietro. *Síntesis Histórica del Derecho Romano*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954, p. 554; IGLESIAS, Juan. *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*. Ariel S.A., Barcelona, 1967, p.190.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

llama *officium*[11], el proceso se cierra definitivamente con la sentencia del juez.

En el proceso clásico la organización judicial se limita a un tribunal compuesto por ciudadanos que juzgan las controversias de sus conciudadanos, sin que exista otro organismo superior a él. No es posible concebir una segunda instancia o apelación. Durante el proceso formulario escrito parece que se admite la apelación. En cambio siempre fue posible en Roma interponer el recurso de nulidad contra las sentencias nulas o inexistentes, por falta de capacidad de una parte o por no haber concedido audiencia el juez, o por haberse salido de los términos de la fórmula. Había un recurso extraordinario de *restitutio in integrum.*[12] La evolución es lenta, dura siglos; los períodos se superponen unos con otros.[13] El sistema formulario es sustituido por el extraordinario *cognitio,* tiene como característica principal que el pretor y el juez se identifican en una misma persona, desapareciendo las dos fases *iure y apud iudicium* a que hemos hecho referencia.[14] El sistema de la *legis actiones* era exclusivamente oral. La escritura estaba poco difundida y en consecuencia la prueba instrumental también era escasa. En el sistema formulario, la fórmula era redactada por escrito, sin embargo, en lo fundamental, el proceso era oral, puesto que el juez y las partes interrogaban a los testigos oralmente. Es en el sistema extraordinario del Bajo Imperio, que tanto la demanda como los demás actos del proceso, tienen forma escrita. Con razón se ha dicho que "a medida que la forma escrita avanza hasta imponerse definitivamente, la verdad moral se distancia cada vez más de la verdad procesal." "Siglos más tarde en la Edad Media, bajo la influencia del Derecho Canónico, el proceso romano toma una forma absolutamente escrita que se llama romano-canónico, proceso común italiano medieval. Desde entonces el proceso, que antes era un conjunto de actos vivos, se convierte en un expediente de actas muertas".[15] El proceso actual latinoamericano no supo aprovechar el genio jurídico de los clásicos romanos, para incorporar en su derecho, la agilidad del proceso oral, y salvar así principios fundamentales para una recta administración de justicia, como son los de inmediatez y libre valoración de la prueba.

EL PROCEDIMIENTO GERMÁNICO

Un estudio de la evolución del Derecho Procesal, por muy breve que sea, no puede prescindir del análisis del proceso germánico. Cuando los bárbaros invaden el Imperio Romano en la alta Edad Media, llevan consigo sus leyes y su procedimiento. En algunas regiones sustituyó al proceso romano, y en otras, este último conservó su aplicación.[16] El Imperio Romano impuso su derecho no sólo en la Península Itálica, sino también en todo su territorio conquistado, hasta su caída en el s. V. El proceso germánico estaba vigente en el norte de Europa, en aquellos pueblos que no habían sido conquistados por los romanos. Estos pueblos tenían un derecho procesal mucho más primitivo, pero era el propio, y tratan de imponerlo. La lucha entre el proceso romano y el proceso germánico comienza, pero ha de tomarse en cuenta un nuevo elemento; lo que en la actualidad son: España, Francia, Inglaterra y Alemania, fueron provincias conquistadas por los romanos, que tenían su propio derecho, y así junto al Derecho Romano y Germánico va produciéndose y elaborándose un derecho local: Chater en Inglaterra, Coutumes en Francia, Cartas y Fueros en España.[17]

---

11. PETIT, Eugene. *Tratado Elemental de Derecho Romano,* Editorial Nacional S.A., México, 1952, p. 638 y ss.

12. JORS, P y KUNKEL, W. *Derecho Privado Romano.* Editorial Labor, Madrid, 1965, p. 531.

13. ARU, Luigi, ORESTANO, Riccardo. *Sinopsis del Derecho Romano.* Editorial EPESA, Madrid, 1964, p. 64.

14. Sobre la compensación entre los sistemas formulario y extraordinario, véase MARGADAN, Guillermo. *El Derecho Privado Romano,* Editorial Esfinge, México, 1968, p.173.

15. CUENCA, Humberto. *Op.cit.*, pp.16 y 17.

16. LIEBMANN, Enrico Tulio, *Manual de Derecho Procesal Civil,* traducción de Santiago Sentis Melendo, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1980, p. 30. DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Compendio de Derecho Procesal,* Editorial A.B.C., Bogotá, 1985, t. I, p. 17. CHIOVENDA, José, *Principios de Derecho Procesal Civil,* Instituto Editorial Reus, Madrid, 1922, p. 10.

17. COUTURE, Eduardo, *Fundamentos de Derecho Procesal Civil,* Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1981, pp. 19 y 20. DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Op.cit.*, p. 53.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Los bárbaros no tenían leyes escritas, juzgaban según las costumbres observadas por los ancianos. La facultad de juzgar la tenía el pueblo representado en sus asambleas. Éstas eran presididas por un jefe nombrado por dicho pueblo; las asambleas se reunían al aire libre, en bosques, colinas o plazas.[18] Ellas se constituyeron en tribunal. Con la institución del rey, se nombró un magistrado que las presidía, designándose a un *iure* para la redacción de la sentencia que era sometida a su aprobación. En la época merovingia, las asambleas se convirtieron en Tribunales del Rey, pero el procedimiento no varió. Con los carolingios, la justicia perdió su carácter popular para convertirse en real.[19]

El procedimiento penal y el civil estaban confundidos. Anteriormente se introdujeron algunas modificaciones como la forma de citación, pero siempre siguió siendo público, oral y formalista. El proceso se iniciaba con la cita que hacía el asesor al demandado ante la Asamblea, allí el actor exponía su demanda, ofrecía testigos sobre su honorabilidad. Luego se dictaba una sentencia interlocutoria, que no era vinculante para el demandado quien podía o no conformarse con ella; si no se conformaba ofrecía testigos, no sobre los hechos, sino de su conducta, y se sometía al juicio de Dios. Dios intervendría directamente haciéndole salir bien de la prueba, puesto que él no podía menos de favorecer al inocente, alterando las leyes naturales por el triunfo de la justicia. La prueba del fuego consistía en tomar una barra candente, y si al cabo de tres días no presentaba señal grave de quemadura se le declaraba inocente. La prueba del agua caliente, similar a la anterior, se hacía introduciendo la mano en agua hirviendo. El desafío era un combate con el cual al vencedor se le daba la razón.[20] La prueba se realizaba ante la Asamblea que dictaba sentencia.[21] ¿Qué hacía pensar que estos juicios tan primitivos pudieran servir como sistema de prueba en el proceso? Solo nos cabe pensar en tres fundamentos: la profunda religiosidad y superstición de estos pueblos; un juicio de probabilidades estadísticas.Y una reversión de la carga de la prueba ya que es al inocente a quien corresponde probar que es inocente, es decir, en forma contraria, al principio romano de que quien afirma es el que prueba no el que niega. Bien es cierto que este principio no fue tan absoluto en el Derecho Romano pero no cabe duda de su aplicacion general. Arraigada profundamente la creencia de la intervención divina. Sólo quien, realmente, sabía que los hechos de su demanda eran ciertos, se animaba a comparecer ante la Asamblea a hacer una afirmación de tan graves consecuencias. Por otro lado, el demandado, estaría siempre dispuesto a reconocer la verdad en esta primera fase del proceso, y no tendría el valor ni la disposición psicológica, de someterse a un juicio, en que de acuerdo con las reglas de la naturaleza su litigio estaba perdido. Obsérvese que el acusado en el fondo es quien va a demostrar su inocencia con las pruebas del fuego y del agua. Es probable que la mayoría de los juicios se resolvieran en la sentencia interlocutoria, por la aceptación de los hechos por parte del demandado. MANCINI expresa que talvez se consideró como medio de transacción para terminar la *litis* independientemente de la determinación de la razón, como el juramento decisorio.[22]

PROCESO CANÓNICO

El Derecho Canónico regula las relaciones entre la Iglesia y los individuos que la integran. Tiene su propia jurisdicción y tribunales. Éstos, aplicaron el procedimiento romano, introduciéndole algunos cambios. Este procedimiento mixto se aplicó también a causas civiles cuando las partes estuvieran de acuerdo. Pero el procedimiento tampoco fue estrictamente romano, por la influencia que sobre él ejercían también las instituciones germánicas. Se aplicó siempre que no establecieran lo contrario las leyes locales, y por eso se le llamó procedimiento común. Sus bases, romana y germánica, plantearon serias discusiones al investigarse su génesis. Discusión, que desde luego, tiene una gran importancia en cuanto al estudio del procedimiento civil occidental de España, Italia, Francia y Alemania.

---

18. ALSINA, Hugo, *Tratado Téorico Práctico de Derecho Procesal Civil Comercial*, Ediar Soc. Anon, Editores, Buenos Aires, 1956, p. 213. WYNESS MILLAR, *Principios Formativos del Procedimiento Civil*, p. 187, citado por ALSINA. *Op.cit.*, p. 214.
19. GLASSON, *Histoire de Droit.*, t.II, p.76 y ss., t.III, p.316. Citado por ALSINA, *op. cit.*, p. 214.
20. CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Enciclopedia Jurídica Omeba. Ordalías.
21. ALSINA, Hugo. *Op.cit.*, p.215.
22. MANCINI, Vicenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1951, p.12.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

2. ROMANISMO Y GERMANISMO EN EL PROCESO CIVIL ACTUAL

En los siglos XV y XVI, los países europeos receptan el Derecho Romano. En Alemania se aplica en la práctica.[23] Qué tanto de romanismo y qué tanto de germanismo existe en el proceso civil, fue tema que ya planteó CHIOVENDA, en una proclusión leída en la Universidad de Parma, el 5 de diciembre de 1901, publicado en la Rivista Italiana Per la Siencie Juridicce en el año de 1902. Al final del s. XVIII se consideró al proceso común como el Derecho Justinianeo modificado por el Derecho Canónico.

En Alemania, una corriente patriótica, se mostró hostil al derecho extranjero.[24] En 1819 la Academia de Ciencias de Munich, convocó a un concurso sobre cómo estaba constituido, en la antigua justicia germánica y bárbara, el procedimiento público civil y penal. Ludovico Maurer obtuvo el premio con su obra "La Historia del Antiguo Proceso Alemán Particularmente Bábaro", Maurer sostuvo que el proceso francés es, en el fondo, germánico, que la adopción de este proceso era más bien una restitución del proceso germánico, en vez de la victoria del extranjero. Savigny[25] lanzó en 1815 los primeros volúmenes sobre "La Historia del Derecho Romano en la Edad Media", en donde señalaba el método de estudio del derecho en todos los campos, y la necesidad de investigar las relaciones que han tenido lugar entre el Derecho Romano y el Germánico en tiempos y territorios correspondientes a las relaciones más importantes.[26] Este gran jurista afirma la importancia del elemento germánico como modificador del Derecho Romano en el proceso, partiendo de un examen profundo del proceso romano puro, tanto clásico como justinianeo. En los primeros 30 años del s. XIX, Heffter y Bayer, acentúan el predominio dado al elemento romano, pero Niettzche, escribiendo a propósito del libro de Heffter, afirmaba que los romanistas decretistas de la Edad Media, incluso de la Escuela Italiana, no enseñaban más que Derecho Germánico. Según él, el proceso común alemán no es ya el antiguo germánico, mucho menos el romano, sino un desarrollo de los antiguos usos y formas germánicas, bajo la influencia del Derecho Romano, pero de un modo sustancialmente autónomo.

CHIOVENDA hace notar las divergencias de los escritores al considerar el moderno proceso germánico frente al proceso común y al francés y cita de dos manuales de historia, uno italiano y otro alemán; en el italiano se dice: "En el moderno derecho procesal bien poco se vive el procedimiento germánico; el mismo por el contrario es el producto de la combinación de las instituciones romanas con las canónicas"; en el alemán se dice: "El actual derecho procesal es, en su raíz, un puro producto nacional germánico". Después de un profundo análisis sostiene Chiovenda lo siguiente: "La base del proceso francés, como del italiano, como del alemán, es el proceso romano canónico o italiano medieval. La doctrina italiana, resultado ella misma de la fusión de ideas romanas y germánicas, se encuentra en Francia en nuevo contacto con el proceso germánico, y con lento, pero seguro camino, lo suplanta: camino más lento y más difícil, como es sabido, en la Francia del norte (*Patria iuris consutudinari*). Ya en el s. XII el estudio del Derecho Romano y del Canónico produce obras de argumento procesal. Los primeros escritores del

---

23. KOSCHATER, Pablo. *Europa y el Derecho Romano.* Editorial Revista de Derecho Privado. SANTA CRUZ TEJEIRO, José, Madrid, 1955, p. 193.

24. Dice KOSCHATER "Aproximadamente desde mediados del siglo XIX constituye un dogma para la germanística alemana el considerar la recepción del Derecho Romano en Alemania como una calamidad nacional...Por otra parte no deja de tener sabor irónico de que un tratado de Derecho Romano cuidadosamente elaborado y preferido de los estudiantes sea el de Rudolf Sohm, autor de relevantes condiciones pedagógicas si bien como jurista, figura entre los más destacados germanistas (alemanes), ver cita. Este Derecho Romano elaborado por los comentaristas era propiamente un derecho de juristas y fueron éstos los que formados en Italia con el estudio del Derecho Romano y del Canónico facilitaron la penetración del primero de estos Derechos en la práctica jurídica alemana. KOSCHATER, *Op.cit.*, pp. 224-225 y 242. Dice KUNKEL Wolfgang, *Historia del Derecho Romano,* Ediciones Ariel, traducción de Juan Miguel, 1970, que "a partir del siglo XIX, la investigación del Derecho Romano vino a experimentar un nuevo auge. Alemania fue el punto de partida y el centro de este movimiento divergente más de un siglo, y la personalidad de quien propiamente arrancó todo fue Federico Carlos von Savigny (1779-1861). Imprimió también su sello característico el Código Civil, el cual iba a significar el fin de la vigencia directa del Derecho Romano: no solo por su contenido fundamental, sino también por su espíritu, es romano el Código Civil Alemán al menos en el sentido como entendía en el siglo XIX el Derecho Romano, por eso resulta adecuado que, incluso después de la promulgación del Código Civil, las lecciones de Derecho Privado Romano hayan conservado el papel de introducción general al pensamiento jurídico privado y en especial al Derecho Civil".

25. SAVIGNY, citado por CHIOVENDA, Ensayos... *Op.cit.*, p. 306.

26. CHIOVENDA. *Op.cit.*, p. 306.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Derecho francés están dominados por el Derecho Romano."[27] Treinta años más tarde, Chiovenda, en la conferencia leída en el anfiteatro de la Facultad de Derecho de Bucarest, el 26 de mayo de 1932, y publicada en Rivista di Diritto Procesale Civile, de este año, escribía: "La idea romana es el alma y la vida del proceso civil moderno; oprimida por las vicisitudes de los siglos, oscurecida por la superposición de conceptos y costumbres que derivan de la mentalidad de otras razas, la misma resiste tenazmente arraigándose en los oasis que sobreviven de pensamiento romano, en las tierras Derecho Romano, en los juicios eclesiásticos, en la escuela, dispuesta a imponerse, apenas las condiciones de la civilización lo permitan: la historia del proceso entre los pueblos civilizados modernos se resume en un lento retorno a la idea romana" y agrega: "La idea romana, deformada y ahogada por la idea germánica, sobrevive durante siete u ocho siglos confiándose a dos textos de las fuentes, *Lex Difamari* y *Lex si contenda*, que no tienen nada que ver con las acciones prejudiciales; y, en la Edad Moderna, es principalmente la doctrina alemana la que tiene el gran mérito de reavivar la idea romana, despojándola de las envolturas germánicas; es la doctrina alemana la que nos enseña el camino que nos ha llevado de nuevo al Derecho de Roma." "Ahora bien, es necesario pensar, que cuando en Italia, a partir del s. XI, volvió a adquirir importancia el Derecho Romano, primero en las escuelas y después poco a poco en los juicios, y comenzó la formación de aquel derecho común que debía después convertirse en el derecho de las más importantes naciones europeas, el proceso germánico dominaba desde hacía quinientos años en los Tribunales. Es fácil comprender que, en tan largo espacio de tiempo, el sano, realista y positivo concepto de las pruebas romanas se había desarraigado de nuestro espíritu, y que los textos romanos volvían a estar en vigor en un ambiente profundamente cambiado. Desaparecieron lentamente los juicios de Dios, pero subsistió el carácter formal de las pruebas que los mismos sustituyeron. Se formó así el sistema de la prueba legal, es decir, un conjunto de reglas preestablecidas, según las cuales se debían valorar las diversas pruebas, y en particular, la prueba testimonial. En el *speculo iuris* de Duranti, el gran canonista procesalista del s. XIII, se encuentran enumeradas 96 reglas sobre la credibilidad de los testigos. Bien se comprende que, en este sistema, la posición del juez quedó muy distante de la del juez romano: el oficio del juzgador se redujo a la aplicación obligatoria y apriorística de normas formales, y a la verificación, a menudo absolutamente aritmética, de los elementos necesarios para formar, en el caso concreto, lo que se llamó la verdad legal. Contribuía a este estado de cosas el hábito escolástico de pensar, y de argumentar que era propio de los escritores de Derecho, como de los filósofos, e incluso de los naturalistas. Debieron pasar todavía muchos siglos; debió operarse por virtud del renacimiento italiano, la renovación del método científico sobre la base de la observación, y este método debió conquistar lentamente las ciencias morales y, por último, la ciencia jurídica; debió realizarse, finalmente, la gran convulsión política que cerró el s. XVIII y señaló, con la continuación de los estudios del Derecho Público, la nueva era del Derecho Procesal, que tiene por centro la persona del juez considerada como órgano de una función pública fundamental; para que la doctrina reafirmase el principio de la libre convicción del juez, y la práctica estuviese preparada para recibirlo. Y fue, una vez más, el triunfo de la idea romana. Triunfo, en verdad no del todo completo: algunos derechos modernos conservan numerosos residuos del sistema de la prueba legal". "Estrechamente vinculada con la función de la prueba está la forma del proceso. Un proceso dominado por el principio de la libre convicción del juez, y que quiera realizar seriamente este principio, no puede ser más que oral, porque sólo el proceso oral permite al juez formarse un convencimiento con la observación personal y directa del material de la causa. Nosotros indicamos con la expresión sintética de 'proceso oral' un proceso en el que es el mismo juez el que debe pronunciar las sentencias que recoge los elementos de su convicción, y esto es, el que interroga a las partes, a los testigos, a los peritos, y examina con sus propios ojos los objetos y lugares controvertidos: para que esto sea posible, es necesario que el juez sea la misma persona física desde el principio hasta el fin de la tramitación de la causa; que las actividades procesales estén concentradas en un breve período de tiempo y se desarrollen sin interrupción, resolviéndose los incidentes en la misma sesión; que el contacto entre las partes y el juez sea inmediato y que, como medio de comunicación, sirva predominantemente la viva voz. 'Oralidad' es un nombre que

27. CHIOVENDA, *Ensayos de Derecho Procesal Civil.* **Romanismo y Germanismo en el Proceso Civil.** Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires, 1949.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

indica, por tanto, un conjunto de principios interdependientes. Pues bien: el proceso romano fue, como es fácil pensar, eminentemente oral, en la plenitud de significado de esta palabra, y por la razón íntima y profunda de que esto era exigido para la función de la prueba. Nosotros tenemos en las oraciones de Cicerón, en los documentos procesales que nos han quedado, en los textos mismos del *corpus iuris*, una cantidad de testimonios sobre este carácter del proceso romano."[28]

3. PROCESO ORAL vs. PROCESO ESCRITO

Ya vimos, en los puntos anteriores, la evolución del Derecho Procesal, y pudimos también leer la magnífica conferencia de Chiovenda pronunciada en la Facultad de Derecho de Bucarest. En resumen, el proceso romano convive y recepta al Derecho Germánico, y termina de nuevo imponiendo sus propias ideas.

¿Cuál es el hecho que, fue determinante en esta lucha de supervivencia? Estimamos que no fue otro que el Código de Procedimientos Civiles Francés, de la época de Napoleón. Aunque se ha dicho con justificada razón, que este Código posee defectos, que hicieron imposible alcanzar la altura y trascendencia de otros Códigos como el Civil, sin embargo, de él dice Chiovenda: "Este proceso francés, frente al pesado y complicado proceso común germánico, aparecía, con enérgico contraste, más simple, más adaptable, más ligero, presentando realizadas aquella oralidad y aquella publicidad de los juicios que ya formaban confusamente la base de las universales aspiraciones reformistas."[29]

El defecto más sobresaliente del proceso romano canónico y común es el predominio del elemento escrito a tal punto, que se imponía el principio "lo que no está en las actas no está en el mundo". El predominio de la escritura hace totalmente innecesarias las relaciones entre el juzgador y las partes, testigos y peritos. Se da una violación absoluta a principios fundamentales como son el de inmediación , que consiste en la percepción directa e integral por parte del juez de la prueba y el de la publicidad, para que terceras personas puedan fiscalizar la actividad jurisdiccional.[30] Los escritos provocan contra escritos, y se hacen largos y somnolientos. El juez carece de poderes; las partes son las que instan el curso del proceso, todas o la mayoría de las resoluciones tienen apelación, las pruebas tienen el valor que la ley les da, la confesión hace innecesarias las demás pruebas,un solo testigo nada prueba, de manera que su valoración no la hace el juez, sino que está tasada por la ley. Obsérvese la similitud de características con nuestro sistema. Pues bien, este sistema arcaico no podía subsistir ante la ideología de la Revolución Francesa, por lo menos en su totalidad. Francia fue el país que se puso a la vanguardia con el principio de la oralidad y de la publicidad, aunque dejó subsistentes algunos institutos típicos del proceso común, entre ellos, algunas pruebas legales. Esto hizo que el modelo francés fuera a su vez insuficiente, pero no cabe duda de que fue un paso decisivo. Las dos obras más importantes después de la francesa son, sin lugar a duda, el Código de Procedimientos Civiles de Hannover, de 1850 y el Código Alemán, Civiles Procesor Nunc, de 1877.[31] Si se observan las características del denominado proceso común de base romano-germánico y canónico, a que hemos hecho referencia en el punto anterior, nos damos cuenta que las características de nuestro proceso escrito, son coincidentes con las de dicho proceso. Couture dijo "El Derecho Procesal de los países de América es de origen español. Algunas redacciones son anteriores a la Ley Española de Enjuiciamiento Civil de 1855, en ese caso la influencia se debe a la legislación de Partidas y de Indias...en este conjunto aparecen vocablos de origen árabe como alcalde, almoneda, alguacil..." todo esto, sobre un tejido de Derecho español que, como se verá más adelante, no es sino la reproducción

28. CHIOVENDA, *Idea Romana en el Proceso Civil Moderno. Ensayos..., Op.cit.*, pp.352, 359, 361, 362, 363, 364. Hemos preferido las transcripciones largas de las citas de la conferencia, no sólo por la belleza con la que fueron dichas, sino por la gran autoridad científica de quien las dijo.

29. CHIOVENDA, *Romanismo y Germanismo en el Proceso Civil, Op.cit.*, p. 303.

30. SILVA MELERO, Valentín. *La Prueba Procesal.* Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, tomo I, p. 28.

31. CAPELLETI, Mauro. *La Oralidad y las Pruebas del Proceso Civil*, Buenos Aires, 1972.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

casi literal del *stilus curiae* romano canónico del siglo XIII[32], y más adelante agrega: "Mientras los códigos del principio del s. XIX se apartan del planteamiento romano canónico, especialmente los Códigos de tipo Napoleónico, el proceso español y portugués se mantenían en él aun a mediados del siglo, 1855, quedando desde esta fecha fijado hasta hoy en las leyes de enjuiciamiento. Sobre su base se hallan construidos los códigos de casi todos los países de América del Sur y Central, y aun en la de América del Norte se encuentran los de California y Lousiana."[33] Sobre el sistema de España y de los países iberoamericanos se ha dicho que "el cuarto grupo, al que nos referimos y en el cual nos encontramos, debemos reconocer que es el menos evolucionado. En realidad, tenemos que aceptar, en una visión muy esquemática, por supuesto, que el sistema se encuentra todavía en la etapa del proceso común, anterior a las reformas que provocó la Revolución Francesa. Como dice Couture, heredamos el régimen español ya atrasado dos siglos con respecto a sus contemporáneos. Sólo algunos códigos modernos y algunos procesos especiales escapan a esta característica. Se trata de un procedimiento escrito 'desesperadamente escrito' (solemos decir) en el cual la prueba se recibe en audiencias separadas por funcionarios que transcriben las declaraciones de testigos y de partes. Predomina el sistema dispositivo y el juez tiene restringidas sus facultades. En materia probatoria el instituto típico es el de las diligencias para mejor proveer. Es que el juez, que no ha sido protagonista del proceso, sólo en la etapa final (cuando se le elevan por la secretaria los autos para la sentencia), conoce el expediente y puede pedir ciertas pruebas. Inclusive los códigos más modernos facultan al juez para interrogar... no usan en la práctica. Los alegatos también son escritos, en general. El sistema de recursos es el común, admitiéndose la reposición, apelación y nulidad. Así mismo, la casación existe en múltiples países, y en algunos, excepcionalmente, la revisión. En estos el procedimiento es escrito, de todo lo cual surge un proceso excesivamente lento y burocrático."[34]

Por lo pronto podemos afirmar, que el sistema procesal escrito es el más atrasado, a nivel mundial, sólo comparable con los códigos del s. XIII. El nuevo Código Procesal Civil, si bien actualiza y mejora los vocablos, ordena y sistematiza mejor los capítulos, traslada artículos que se encontraban en otros cuerpos legales, como en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en el Código Civil, y los coloca en el nuevo Código, donde en verdad deben estar, abrevia términos, crea nuevos procesos como el monitorio, y en fin podemos decir que es el código más moderno del sistema escrito, no rompió con las viejas estructuras que le impone dicho sistema y perdimos la oportunidad de haber salido del subdesarrollo jurídico que en materia de procedimientos nos encontramos. Podemos decir que el nuevo Código Procesal es el más moderno del mundo dentro del sistema más atrasado.

3.1. El proceso escrito en materia penal.

Quienes en los primeros años de nuestra carrera judicial tuvimos que administrar justicia con el sistema escrito del antiguo Código de Procedimientos Penales que tenía el procedimiento escrito, sabemos que actualmente serían muy pocos, por no decir ninguno los jueces que quisieran dictar sentencias con dicho Código. Aparte del increíble atraso que sufría el expediente, la Administración de Justicia padecía las mayores distorsiones,generadas por el propio sistema procesal aplicado. El juez instruía el proceso de oficio, por noticia recibida que le daban las autoridades de policía, por denuncia o acusación de los particulares. El reo no declaraba con defensor, y como los abogados litigantes estaban obligados a tener, por lo menos, dos defensas de oficio, en la mayoría de los casos se limitaban a aceptar y jurar el cargo. Así instruido el proceso por el juez, con la intervención del Ministerio Público, cuyo papel estaba reducido a recibir notificaciones, finalizaba el sumario con una audiencia a las partes, y se cerraba con un sobreseimiento definitivo o provisional, o con un auto de enjuiciamiento y prisión. Esta resolución era el principio y el fin del proceso; en teoría significaba que habían motivos suficientes para llamar a juicio al inculpado, pero en la práctica los plazos y términos para ofrecer y evacuar prueba, transcurrían en la más terrible soledad, eran simples trámites sin contenido, salvo que un defensor particular, llamado tardíamente, tratara de cambiar el rumbo de las cosas. Quien dictaba la sentencia no era el juez que había recibido la prueba. En la práctica los alcaldes eran los jueces de instrucción, por comisión del juez de la causa. El juez penal, sin

32. COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos de Derecho Procesal Civil,* Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1981, p. 24.

33. COUTURE, Eduardo J. *Op.cit.*, p. 167,

34 BESCOVI, Enrique. *Teoría General del Proceso.* Editorial Temis. Bogotá, 1984, p.47 y 48.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

conocer al reo ni haber oído a los testigos (porque aun en los casos de haberse evacuado prueba en la etapa de plenario, la mayor parte de las veces, ésta era recibida por los escribientes, salvo las excepciones, que siempre las hay, de jueces sobresalientes por su estudio y dedicación al trabajo), dictaba la sentencia después de muchos meses, y hasta años, de estarse esperando el fallo. El defensor, se limitaba a redactar un escrito, en que consignaba la palabra "apelo", para elevar el caso a la Sala. La mayoría de las sentencias —si el delito era grave— llegaban a conocimiento del superior por vía de consulta, y de nuevo allí esperaba pacientemente el fallo, que llegaría después de muchos meses o talvez años y sólo si un defensor, se hubiere interesado en el asunto, se dictaba, también después de meses de espera la resolución de Casación. Es necesario reconocer que la Sala de Casación en aquella época se encontraba sin retraso.

Ante un panorama tan desolador, en el último año de mi carrera de abogado, hablé con monseñor Rodríguez, capellán de la Penitenciaría Central, quien recomendó al escritor José León Sánchez, detenido en ese centro en esa época, como coordinador dentro del penal, para la organización de la defensa por abogados católicos militantes, como parte de su apostolado. La idea no tuvo éxito, porque fui nombrado Alcalde en un lejano lugar, lo que me impidió el ejercicio profesional.

Así narrado, a los jóvenes profesores de Derecho Penal o a los estudiantes, el procedimiento penal escrito, parece sacado de los tenebrosos archivos de la Inquisición. Sin embargo esta historia es reciente. Podrá ser contada por los abogados experimentados que hayan cumplido en el ejercicio profesional sus bodas de plata. Con la vigencia del nuevo Código de Procedimientos Penales, casi todos ellos, optaron por no conocer asuntos en esa materia.

3.1.1. El paso del sistema escrito al sistema oral.

Con el Nuevo Código Procesal Penal, Costa Rica pasó de la Edad Media a los tiempos modernos. Esta trascendental reforma tuvo grandes opositores; y todavía se encuentran juristas de renombre que prefieren el sistema escrito por considerarlo más económico. Pero ahorrar no es no gastar, sino saber cómo se gasta. Un juicio penal cuya duración era similar a la de uno civil, pasó a tener un promedio de trece meses de duración.[35] Estoy seguro de que con el viejo sistema procesal penal, aún estarían sin resolver juicios tan importantes como el de La Familia.

3.1.2. La experiencia en ambos sistemas.

La experiencia adquirida en algunos juicios penales en los cuales integré un Tribunal Superior y el haber trabajado tanto con el sistema escrito del proceso penal como del civil, me han llevado a comprender que las ventajas del sistema oral pueden aplicarse también en los casos civiles.[36] Es cierto que cuando, en los procesos escritos tuve que dictar sentencia, me era muy difícil pensar que pudiera hacerlo con la rapidez que requería el sistema oral. No podía concebir cómo si tardaba hasta tres días en el examen de un expediente y además debía buscar las citas de doctrina y jurisprudencia, podía resolver el caso inmediatamente después del debate, y pocas horas después leer el veredicto o parte dispositiva. Sin embargo, la experiencia fue muy halagüeña. La sentencia podía dictarse bien, rápidamente, y con algo muy importante: el sentimiento de haber acertado.

¿Por qué esto no podía trasladarse al proceso civil?, ¿por qué el proceso civil tenía que seguir siendo lento, complejo, difícil de resolver? Vamos a ver las objeciones que se le hacen al juicio oral en materia civil, para darnos cuenta, que éstas no tienen razón de ser.

3.1.3. Objeciones al juicio oral en el Proceso Civil

Dicen los civilistas que el Derecho Civil es más difícil que el Derecho Penal, por eso no se puede dictar sentencia inmediatamente después de realizado el juicio, lo que es base fundamental del proceso oral. No comparto este criterio, ya que la complejidad del caso no es ningún obstáculo pues durante la etapa escrita el juez tiene suficiente tiempo para estudiar los problemas doctrinarios. El estudio de los

---

35. Informe de la Sección de Estadística del Poder Judicial, 1987.

36. La jurisdicción contencioso-administrativa no es más que un caso particular de jurisdicción especial de naturaleza civil. PRIETO-CASTRO FERRANDIZ, Leonardo. Derecho Procesal Civil, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1972, p. 33. La Asociación Alemana de Profesores de Derecho Procesal se ha ocupado, en colaboración con los administrativistas, del tema. El objeto litigioso en el procedimiento civil y en el procedimiento administrativo en las jornadas realizadas en Heidelberg, en 1952. Ver, HEIZ SCHWAB, Karl. *EL Objeto Litigioso en el Proceso Civil.* Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1968. Traducción de Tomas A. Banzhaf, p. 8.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

casos, sea civil, penal, laboral, contencioso-administrativo, requiere de muchas horas de estudio y meditación y ningún penalista serio, va a un juicio a improvisar en él la defensa de su cliente, ni en cuanto a la prueba ni en cuanto a las conclusiones doctrinales, de manera que ésta no es ninguna objeción seria, y más bien es producto de lo desconocido por la falta de práctica... ALCALÁ-ZAMORA en su trabajo "Bases para redactar el articulado del Proyecto del Código Procesal Civil Costarricense", expuso: "La oralidad, por sí sola, no es una panacea, e inclusive se presta a lo que CALAMANDREI, pese a ser oralista, llamó desbordamiento del *bel canto*. Pero si la cifra y preparación de funcionarios judiciales que la encaucen y la seriedad de los abogados que la utilicen permite implantarla en condiciones adecuadas; si se combina de manera efectiva con la concentración y con la inmediatividad en la recepción por el juzgador de las pruebas e informes, y si de la primera instancia conoce un órgano jurisdiccional monocrático y no un órgano colegiado, entonces contribuirá decisivamente a acelerar la marcha de los juicios, cuya lentitud es una de las deficiencias procesales con mayor frecuencia y energía señaladas por la crítica."[37] De igual criterio participa ARGUEDAS, cuando expuso: "Al implicar la oralidad la existencia de una inmediación y concentración, dota al proceso de una mayor celeridad"[38], sin embargo, este gran procesalista costarricense no se convirtió en un defensor del sistema oral y agregó más adelante: "La oralidad podría dejarse reservada para asuntos determinados, los de menor cuantía y los de familia, por ejemplo, puede preverse también que aun tratándose de esa categoría de asuntos, para que la misma funcione como corresponde, debe contar el Estado con los medios materiales y humanos idóneos para llevarla a cabo. Todo lo cual nos hace pensar que su posición obedece a razones estrictamente económicas y no doctrinarias".[39] HERRERA se mostró abiertamente en contra expresando "No estoy de acuerdo en introducir la oralidad en el proceso civil, toda vez que el objeto procesal no lo requiere", sin embargo agrega: "Pensamos que lo más factible sería establecer la oralidad en forma optativa o bien únicamente para los juicios en donde se ventilen cuestiones de familia: divorcios, investigación de paternidad. La ventaja es que ya contamos con una experiencia, cual es la oralidad en el proceso penal la que sin duda constituye un avance en nuestra legislación. Cabe agregar que lo más valioso de este aporte estriba en no cerrar la posibilidad del proceso oral en materia civil, aunque sea en forma optativa y en el reconocimiento a lo valioso de la experiencia del juicio oral en materia penal."[40] El nuevo Código Procesal Civil que entrará en vigencia en mayo de 1990, ha sido fuertemente criticado. En Costa Rica, los agraristas toman la vanguardia, así ZELEDÓN destaca la importancia de la publicización, de la oralidad, concentración, inmediatez. Sin embargo, en la práctica al no obligarse al juez a dictar el fallo inmediatamente después, de realizado el debate, bajo pena de nulidad, y mantener para la segunda instancia consignado lo que dicen los testigos en las actas, sin libertad para interrogar los jueces a las partes, con la agilidad que permite su no consignación, el juicio oral agrario, carece de requisitos esenciales, de manera que podemos afirmar, que no pasó de ser una buena intención sin lograr establecerlo.[41] Un grupo de jóvenes abogados estudiosos, se inclinaron por el juicio oral, y así expresaron "Técnicamente el proceso oral es el más aconsejable", RÓNALD CÓRDOBA escribe valientemente una tesis de grado en la que critica con gran propiedad el sistema escrito y se muestra abiertamente defensor de la oralidad.[42]

---

37. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. "Bases de trabajo para redactar el articulado del Proyecto del Código Procesal Civil Costarricense". En: **Revista Judicial, Nº 7,** Costa Rica, marzo de 1978, p. 38.

38. ARGUEDAS SALAZAR, Olman. "Rápidos comentarios y sugerencias sobre las bases de trabajo para el Código Procesal Civil". En: **Revista Judicial, Nº 7,** marzo de 1978, p. 48.

39. *Ibíd.*. Sin embargo en su libro *Temas Procesales,* Editorial Collegium Academicum, San José, al tratar el tema de la oralidad son mayores las ventajas que concede al sistema oral que al sistema escrito. En primer lugar apunta que reduce en dos tercios el número de actos procesales, ventaja que ya de por sí sería suficiente para pensar que es mejor el primer sistema; agrega "No existe el formalismo del sistema escrito", "al resolverse los incidentes en la audiencia se suprime la disgregación de los actos procesales que sí ocurre en el proceso escrito", "cuando es necesario apreciar la espontaneidad de las declaraciones (testigo perito, confesante) es evidente que el contacto personal de éstos y el juez conduce a una mejor apreciación". "Los poderes del juez de impulsar el procedimiento señalando las audiencias, realizando de oficio pruebas admitidas, haciendo a las partes aclarar puntos oscuros, son aspectos que se realizan mejor en el proceso oral que en el escrito por la relación inmediata del juez con las partes."

40. HERRERA, Luis. "Comentario a las bases de trabajo para redactar el articulado del Proyecto del Código Procesal Civil Costarricense". En: **Revista Judicial, Nº 9.** Costa Rica, setiembre de 1978, p. 30.

41. ZELEDÓN, Ricardo. *"La doctrina procesal agraria".* En: **Revista Judicial, Nº 16,** junio de 1980, Costa Rica, p.48; **"Derecho y Proceso Agrario". En: Revista Judicial, Nº 14,** diciembre de 1979, p. 30 y 31.

42. CÓRDOBA ARTAVIA, Rónald, *Los Poderes del Juez en el Proceso Moderno*, Tesis, 1988.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

3.2. Proceso escrito y violación de principios del Derecho Procesal.

Los principios del proceso son:

1. Auto responsabilidad de las partes.
2. Contradicción.
3. Veracidad.
4. Libre apreciación de la prueba.
5. Adquisición procesal.
6. Inmediación.
7. Publicidad.
8. Necesidad.[43]

3.2.I. Auto responsabilidad de las partes.

El primer principio consiste en que la parte soporta las consecuencias de su inactividad. Este principio no resulta violado por el proceso escrito. La parte que deja transcurrir los términos de ley sin gestionar la recepción o evacuación de la prueba puede verse privada de ella. En realidad este principio no es exclusivo del Derecho Procesal, puesto que la negligencia en un negocio jurídico acarrea las consecuencias negativas para el omiso. Piénsese, en quien omite hacer un abono a su deuda, que de acuerdo con la contratación puede tenerse por vencida toda la obligación; de que quien no pagó en tiempo el arrendamiento puede ser desalojado del inmueble. Este principio está relacionado con la parte dispositiva del proceso y poca trascendencia jurídica tendría si por el carácter público que ha de tener éste, el juez se ve compelido a buscar la verdad real, independientemente de la actividad de las partes. Las razones expuestas nos llevan a no considerar este principio como fundamental en las nuevas concepciones del Derecho Procesal moderno.

3.2.2. Contradicción.

Tiene su fundamento en el Derecho Constitucional, nadie puede ser condenado sin haber sido oído y convencido en juicio. Todo debido proceso ha de respetar este principio. No resulta violado en el proceso escrito. Las partes pueden ofrecer la prueba que estimen conveniente en defensa de sus derechos.

3.2.3. Veracidad.

El proceso tiene como fin la actuación de la ley. La aplicación de ésta a un caso concreto. Los hechos sucedieron en un tiempo pasado y es necesario reconstruirlos, para presentarlos al juez. Realmente es un hecho histórico. En la medida en que el juez pueda percibirlo tal como sucedió, así tendrá la ocasión de acertar en la aplicación de la ley, cualquier distorsión del acontecimiento, por muy intrascendente que parezca, puede hacer cambiar el ánimo del juez. La reconstrucción es un proceso mental, en el cual el juez va a imaginar cómo sucedieron los hechos.[44] Se ha hablado de verdad suficiente, procesal, trascendental, empírica, matemática, histórica, etc.[45] Sin embargo, lo cierto es que en la práctica el juez quiere saber exactamente como sucedieron los hechos en sus mínimos detalles: Quiénes son los sujetos del derecho, su edad, estado económico, su calidad moral, hora y día del acontecimiento, los motivos, los fines, etc. En el proceso escrito esto se ha prestado para que algunos abogados hablen con los jueces y les cuenten los detalles extra proceso. El peligro consiste en que la narración, cargada de subjetivismo está hecha a espaldas de la parte contraria. Así el contratante puede verse convertido en un rico tacaño, usurero, inescrupuloso hasta con su propia familia. El incumpliente del contrato, en una pobre víctima de las circunstancias sociales. Cuando el informe es verdadero ayuda a la justicia. Si se falta a la verdad, la distorsión del acontecimiento puede tener por resultado una sentencia injusta. El juicio oral es el único capaz de acercar al juez a la verdad real.

3.2.4. Libre apreciación de la prueba.

El juez debe llegar a la verdad a través de la prueba. Sólo dándole libertad al juez para que valore los diferentes medios probatorios aportados en el proceso, se garantiza que el juez se acerque a la verdad. Dice SENTÍS MELENDO "La denominada prueba legal no es tal prueba porque además de su carencia de libertad en todos los aspectos procesales de ella, no constituye una verificación que conduzca a un resultado, sino que constituye la imposición directa de ese resultado al juez cualquiera que

---

43. Otros principios como dispositivo, socialización, moralidad, etc., véase ARGUEDAS, Olman. *"Principios del Proceso Civil"*. En: **Revista Judicial,** diciembre de 1980, p. 19.

44. GUASP ve en la prueba, no una actividad sustancialmente demostrativa, sino un intento de conseguir el convencimiento psicológico del juez con respecto a la existencia o inexistencia, la falsedad o la veracidad de los datos. GUASP, Jaime. Instituto de Estudios Políticos, T. I., Madrid, 1968, p.321.

45. MELERO, Silva. *Op.cit.*, I, p.36.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

sea la convicción, con la imposibilidad no solo de apartarse de él sino seguir otros itinerarios que los señalados por el legislador para caminar hacia él." Examinar un recibo aportado por una parte que demuestre la entrega de dinero, sin embargo le resulta claro que el recibo fue extendido antes del pago, y que éste nunca se hizo efectivo, así se deduce de la prueba testimonial y de las circunstancias en que se contrató. En un juicio escrito difícilmente tiene aplicación este principio. El juez no ha oído al testigo la declaración escrita es tan documento como el recibo. ¿Cómo podrá darle más fe a lo leído en uno u otro caso? ¿Cómo podría convencerse el juez de que los testigos están diciendo la verdad y no la parte que presentó el recibo? Dice MICHELI, "Siempre en materia de pruebas hay que plantearse el problema del mantenimiento o la reforma de las denominadas pruebas legales, abandonadas en muchos países y que representan siempre una desconfianza a la obra del juez".[46] A nosotros no nos cabe duda que las pruebas legales son un grave obstáculo para la recta administración de justicia. El juez se ve gravemente atado a disposiciones legales que le impiden el acceso a la verdad real.

3.2.5. Adquisición Procesal.

Este principio en realidad es el menos afectado en un proceso escrito u oral. La prueba surte sus efectos cualquiera que la proponga. Poco importa que el testigo ofrecido por el actor sirva para fundamentar una sentencia favorable al demandado.

3.2.6. Inmediación.

Este principio no es que sufre quebranto en el juicio escrito sino que, en la práctica, desaparece por completo sin dejar rastro alguno. Bien es cierto, como dice Francisco Castillo, que no se puede confundir inmediación con oralidad[47], pero no es menos cierto el principio de que el juicio escrito es la antítesis de la inmediación. El principio consiste en la integral y directa percepción de la prueba por parte del juez.[48] En el juicio escrito, en la realidad, por la duración del juicio, cambio de jueces e institución de actuario, el juez no oye los testigos, no los interroga ni oye el interrogatorio de los abogados. No examina los lugares en que ocurrió el acontecimiento sino que lee el acta de la Inspección Judicial realizada por otro juez. Lee los dictámenes periciales pero no interroga al perito, no tiene oportunidad de recibir información sobre otros detalles, ni explicaciones sobre el procedimiento empleado, ni sobre otros métodos de investigación científica que existen, ni sobre las dudas de las afirmaciones ni sobre las posibilidades de acierto. Puede ver planos y documentos pero no puede pedirle a las partes explicaciones sobre las circunstancias en que fueron expedidos, ni los motivos ni fines de su expedición, ni quién fue el que redactó la frase del contrato, ni qué fue lo que quisieron decir. Es un documento muerto, ayuno de explicaciones, capaz de hacer equivocarse al juez más cuidadoso.

3.2.7. Publicidad.

Algunos han estimado que este principio es propio del procedimiento penal, y no tiene ninguna trascendencia para el juicio civil o contencioso administrativo, que interesa fundamentalmente a las partes y no al público. Esto es un error. La administración de justicia interesa a todo el país. Los tribunales de cualquier materia son los más interesados en el prestigio de sus actuaciones. Si las puertas están abiertas para que cualquier interesado, profesores de Derecho, alumnos, sociólogos, politólogos, educadores, tengan acceso a la fiscalización de la administración de justicia, ésta se fortalece por la credibilidad que esa posibilidad conlleva.[49] El principio de publicidad que tiene el Código de Procedimientos Civiles vigente , en su artículo 243, cuando dice: "Toda diligencia de prueba se practicará en audiencia pública y previa notificación a las partes con un día de antelación por lo menos" ha sido desaplicado por los jueces, por encontrarlo en contradicción con los artículos 260 y 307 para prueba confesional y testimonial que indican que al acto sólo podrán comparecer las partes y sus defensores; por otro lado el artículo se encuentra inmerso en un sistema escrito que nada tiene que ver con el sistema de publicidad y oralidad. El principio de publicidad tiene excepciones y el tribunal puede ordenar que se realicen en forma privada, por razones de moralidad, seguridad o cualquiera otra causa muy calificada a su juicio.

---

46. MICHELI, Jean Antonio. *Derecho Procesal Civil*, Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1970, p.283.
47. CASTILLO, Francisco, *El principio de inmediación en el proceso penal costarricense*, en **Revista Judicial**, junio, 1984, p. 18.
48. SILVA MELERO. *Op.cit.*, T.I., p. 28.
49. En contra ARGUEDAS, Olman.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

sea la convicción, con la imposibilidad no solo de apartarse de él sino seguir otros itinerarios que los señalados por el legislador para caminar hacia él." Examinar un recibo aportado por una parte que demuestre la entrega de dinero, sin embargo le resulta claro que el recibo fue extendido antes del pago, y que éste nunca se hizo efectivo, así se deduce de la prueba testimonial y de las circunstancias en que se contrató. En un juicio escrito difícilmente tiene aplicación este principio. El juez no ha oído al testigo la declaración escrita es tan documento como el recibo. ¿Cómo podrá darle más fe a lo leído en uno u otro caso? ¿Cómo podría convencerse el juez de que los testigos están diciendo la verdad y no la parte que presentó el recibo? Dice MICHELI, "Siempre en materia de pruebas hay que plantearse el problema del mantenimiento o la reforma de las denominadas pruebas legales, abandonadas en muchos países y que representan siempre una desconfianza a la obra del juez".[46] A nosotros no nos cabe duda que las pruebas legales son un grave obstáculo para la recta administración de justicia. El juez se ve gravemente atado a disposiciones legales que le impiden el acceso a la verdad real.

3.2.5. Adquisición Procesal.

Este principio en realidad es el menos afectado en un proceso escrito u oral. La prueba surte sus efectos cualquiera que la proponga. Poco importa que el testigo ofrecido por el actor sirva para fundamentar una sentencia favorable al demandado.

3.2.6. Inmediación.

Este principio no es que sufre quebranto en el juicio escrito sino que, en la práctica, desaparece por completo sin dejar rastro alguno. Bien es cierto, como dice Francisco Castillo, que no se puede confundir inmediación con oralidad[47], pero no es menos cierto el principio de que el juicio escrito es la antítesis de la inmediación. El principio consiste en la integral y directa percepción de la prueba por parte del juez.[48] En el juicio escrito, en la realidad, por la duración del juicio, cambio de jueces e institución de actuario, el juez no oye los testigos, no los interroga ni oye el interrogatorio de los abogados. No examina los lugares en que ocurrió el acontecimiento sino que lee el acta de la Inspección Judicial realizada por otro juez. Lee los dictámenes periciales pero no interroga al perito, no tiene oportunidad de recibir información sobre otros detalles, ni explicaciones sobre el procedimiento empleado, ni sobre otros métodos de investigación científica que existen, ni sobre las dudas de las afirmaciones ni sobre las posibilidades de acierto. Puede ver planos y documentos pero no puede pedirle a las partes explicaciones sobre las circunstancias en que fueron expedidos, ni los motivos ni fines de su expedición, ni quién fue el que redactó la frase del contrato, ni qué fue lo que quisieron decir. Es un documento muerto, ayuno de explicaciones, capaz de hacer equivocarse al juez más cuidadoso.

3.2.7. Publicidad.

Algunos han estimado que este principio es propio del procedimiento penal, y no tiene ninguna trascendencia para el juicio civil o contencioso administrativo, que interesa fundamentalmente a las partes y no al público. Esto es un error. La administración de justicia interesa a todo el país. Los tribunales de cualquier materia son los más interesados en el prestigio de sus actuaciones. Si las puertas están abiertas para que cualquier interesado, profesores de Derecho, alumnos, sociólogos, politólogos, educadores, tengan acceso a la fiscalización de la administración de justicia, ésta se fortalece por la credibilidad que esa posibilidad conlleva.[49] El principio de publicidad que tiene el Código de Procedimientos Civiles vigente , en su artículo 243, cuando dice: "Toda diligencia de prueba se practicará en audiencia pública y previa notificación a las partes con un día de antelación por lo menos" ha sido desaplicado por los jueces, por encontrarlo en contradicción con los artículos 260 y 307 para prueba confesional y testimonial que indican que al acto sólo podrán comparecer las partes y sus defensores; por otro lado el artículo se encuentra inmerso en un sistema escrito que nada tiene que ver con el sistema de publicidad y oralidad. El principio de publicidad tiene excepciones y el tribunal puede ordenar que se realicen en forma privada, por razones de moralidad, seguridad o cualquiera otra causa muy calificada a su juicio.

---

46. MICHELI, Jean Antonio. *Derecho Procesal Civil*, Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1970, p.283.
47. CASTILLO, Francisco, *El principio de inmediación en el proceso penal costarricense*, en **Revista Judicial**, junio, 1984, p. 18.
48. SILVA MELERO. *Op.cit.*, T.I., p. 28.
49. En contra ARGUEDAS, Olman.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

3.2.8. Necesidad.

El fallo debe estar fundamentado en hechos, y estos hechos deben estar debidamente acreditados. No puede un juez dictar un fallo por conocimiento personal. No es cierto que, en materia civil, los hechos contestados afirmativamente, no necesitan ser probados, porque no es que no necesiten ser probados, sino que no necesitan de otra prueba. La prueba es que los interesados los dan por ciertos. El consentimiento de las partes es el medio probatorio. Este principio no sufre ningún menoscabo porque el juicio sea oral o escrito.

3.2.9. Legitimidad de las Fuentes de Prueba.

No todos los medios probatorios tienen un origen legítimo. Así, no lo tiene la correspondencia sustraída, ni las intervenciones telefónicas sin autorización de juez competente, ni las grabaciones subrepticias. El principio mencionado puede ser respetado en cualquiera de los dos sistemas.

EL PROCESO ORAL

En todo proceso hay elementos escritos y elementos orales.[50] Incluso, un documento escrito puede contener manifestaciones orales. Un testimonio que se reciba en el proceso escrito, no es otra cosa que un acta en la cual se contiene el elemento oral, lo que el testigo dijo de viva voz ante el escribiente, pocas veces lo es ante el juez. Por otro lado, no puede prescindirse en el juicio oral de la escritura. Todo proceso oral tendrá parte escrita, y todo proceso escrito contiene manifestaciones verbales. Un proceso oral, que no contenga nada escrito no existe, sería un no proceso. Todo proceso tiene que contener el elemento escritura, y no se podría prescindir en los momentos actuales de un elemento tan importante como ese.

La distinción entre proceso oral y proceso escrito, se refiere más bien al predominio de uno de los elementos, y como consecuencia de ese predominio a la aplicación de principios fundamentales: libre apreciación de la prueba, concentración en una o varias audiencias continuas, dictado del fallo por el mismo juez que examinó la prueba inmediatamente después de recibida.

LA FASE ESCRITA DEL PROCESO ORAL

Debe pensarse, con justificada razón, que no debe hablarse de proceso oral, sino de proceso mixto; pues una parte muy importante de éste se hace en forma escrita, tanto en el proceso civil como en el proceso penal. Así, la demanda y la contestación deben formularse por escrito pues es necesario que conste con toda claridad cuáles son los hechos, cuáles las pretensiones del actor, y cuál es la prueba que ofrece en apoyo de sus afirmaciones. Esto delimita las pretensiones; el juez debe dictar una sentencia congruente, es decir, de acuerdo con lo pedido. Todo lo cual le permite un examen tranquilo de los hechos en discusión, de los documentos y demás elementos probatorios aportados para probar esos hechos. El análisis del expediente pone en conocimiento del juez hechos que carecen de prueba, por no haber sido ofrecida por las partes, lo que le brinda la oportunidad de que pueda ordenarlas, y así realizar inspecciones judiciales, ordenar peritajes, preparar las preguntas a los testigos y peritos, etc. Con la demanda y su contestación puede el juez analizar los fundamentos jurídicos del actor y de la defensa, buscar doctrina y jurisprudencia con la tranquilidad que esto requiere.

En resumen, la demanda y la contestación, le dan al juez el marco fáctico y jurídico en el cual ha de moverse. La demanda es el comienzo del proceso que no se puede iniciar de oficio, *ne procedat iure et oficio,* ni adjudicar al demandante más, ni algo distinto de lo que pidió, *ne eat iudet ultra petita partium.*[51]

En el sistema del *Common Law* en Inglaterra y en los Estados Unidos de América, el proceso se divide también en dos fases: Una escrita y otra oral.

---

50. ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, en *Estudios de la Teoría General e Historia del Proceso,* Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1974, pág. 17, expresa: "Nadie pretende que lo sea íntegramente... muy especialmente se atiende a que el juzgador se pronuncie con base en actuaciones ante él desenvueltas de palabra".

51. WACH, Adolfo, *Referencias sobre la ordenanza procesal civil alemana.* Traducción de Ernesto Krotoschin. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1958. El Juez y las Partes, pp. 62, 66.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

La primera tiene un carácter preparatorio, que consiste en un cambio de escritos entre las partes. Estos escritos tienen por objetivo fijar las cuestiones de hecho. No se desarrolla propiamente ante un juez, sino ante un delegado de la Corte en Inglaterra, denominado Máster, el cual tiene más poder que el juez norteamericano en esta etapa. En los Estados Unidos el juez interviene muy pocas veces, y cuando lo hace es para resolver algunas disputas a petición de parte. Esta primera fase permite a los abogados obligar a las partes a mostrar sus libros de contabilidad y documentos, realizar inspecciones, recibir peritos, tomar declaraciones bajo juramento, tanto las partes como a terceros, de manera que los abogados se dan cuenta de las posibilidades que tendrían de ganar o perder el juicio en el debate público. Esto hace, que frecuentemente una de ellas renuncie a continuar en el proceso, o bien que se busque una transacción. En los Estados Unidos esta primera fase *Pretrial* se lleva a cabo en los bufetes de los abogados, normalmente sin intervención del juez, salvo en las ocasiones mencionadas. Sin embargo, en Inglaterra, el Máster, como órgano diverso de la Corte, pero representante de ella, tiene una mayor intervención en la dirección del proceso en esta parte. La fase denominada *Trial* es oral, en forma concentrada, *day in court* (día en Corte), en audiencia pública. El juez es un verdadero director del proceso, controla las pruebas y la discusión. La fase *Pretrial* en realidad tiene una mayor duración, por haberse dejado a las partes, la iniciativa de su prosecución. Los escritos preparatorios están dirigidos a ellos mismos y no al juez.

Algunos países como Austria, Alemania y Suecia, le atribuyen al juez mayores poderes. La duración de los juicios es mucho menor. Dice Capelleti lo siguiente: "hacia el final del siglo pasado un eminente procesalista alemán, Adolfo Wach, presentaba el hecho de que, mientras el proceso civil alemán se caracterizaba, antes de la codificación, por su extrema complejidad, fragmentariedad y lentitud, las estadísticas judiciales daban en cambio, después de la codificación, aproximadamente el 30% de las causas como terminadas en menos de tres meses; aproximadamente el 60% en menos de seis meses, y aproximadamente el 90% en menos de un año...". Pero todavía más eficaz ha sido la reforma austriaca, donde desde los primeros años de la entrada en vigor del nuevo código, las estadísticas judiciales demostraron un mejoramiento radical y sorprendente en la duración de los procesos civiles, con más del 40% de las causas civiles agotado en menos de un mes, más del 50% en uno y seis meses, mientras solamente en cuanto una fracción sin importancia de causas (entre el 0,4% y el 0,2% en los años de 1902 a 1908) la duración excedía de un año. Estadísticas recientes demuestran también en Austria que perduran, sustancialmente, tales extraordinarios resultados. La duración media de los procesos civiles ante los *bezirksgerichte* (que deciden la mayoría de las causas civiles en primer grado) ha sido de 50 días en 1961, y de 60 días en 1966; ante los *gerichtshofe* de primera instancia (correspondiente a los *ladgerichte* alemanes, a los tribunales italianos, y a los *tribunau de grande instance*) de 147 días en 1961 y de 144 días en 1966."[52]

LA INSTRUCCIÓN O FASE PREPARATORIA

La fase preparatoria del juicio oral que también puede llamarse instrucción, tiene como fin reunir todos los elementos probatorios que las partes o el juez han aportado, para que sean estudiados antes del juicio.[53] Esta fase es de gran importancia, por los poderes que se le van a conceder al juez para que realmente el proceso sea ágil y breve, buscando la verdad real, y no una verdad formal, que no es más que una distorsión de la justicia y un mal recuerdo histórico, en que las partes eran contendientes y el juez un simple árbitro espectador. En el proceso moderno en realidad hay tres partes interesadas en que se haga justicia: la actora, el demandado y el juez. El juez siente, como lógica consecuencia de su misión, la imperiosa necesidad de hacer realidad el principio romano de dar a cada uno de lo que es suyo, y cuando no lo logra, ve frustrado su objetivo, su propia razón de ser, se siente decepcionado al

52. CAPELLETI, *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. p. 52 y 55.

53. Véase BAUDRIT CARRILLO, Diego. *"Apuntes sobre los medios de defensa en el proceso civil francés"*. En: **Revista Judicial, Nº 11**, marzo de 1979, p.61.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ver que el fallo, es el resultado de la actividad o diligencia de una de las partes, el descuido o falta de versasión de la otra, o lo que es aún más grave, el producto de los actos deshonestos del que va a salir vencedor, haciendo valer su propia deshonestidad. Esto no puede permitirse en el proceso moderno ni en un Estado de Derecho. El juez debe tener el suficiente poder para instruir de oficio el proceso y para averiguar la verdad de los hechos indicados por las partes, ordenando la prueba sin limitarse a la que éstas ofrezcan;[54] deberá disponer antes de la audiencia oral y pública todo lo necesario para que el proceso quede listo para la celebración del debate. Hay que darle poderes suficientes para que pueda ordenarle a las partes la presentación de actas, de informes y, en general, de cualesquiera documentos que estime necesarios para la decisión del asunto. Darle también poder al juez para que pueda en cualquier momento convocar a las partes con el fin de interrogarlas bajo juramento, fijar los hechos en que estén de acuerdo con el fin de no recibir prueba innecesaria. Las partes también pueden durante la instrucción interrogarse mutuamente y bajo la fe del juramento, pedir a la parte contraria y a terceros que exhiban documentos, e interrogar a aquél y a éstos bajo presencia del juez, sacar fotocopias auténticas y agregarlas al expediente. Todo esto llega a purificar el proceso, y las partes incluso, ante una verdad que emerge de la propia preparación para el juicio, pueden desistir de seguir adelante sin hacer perder tiempo a la justicia, o buscar una transacción. Durante esta fase todas las diligencias probatorias deberán hacerse previa citación a las partes, quienes podrán asistir y hacer las preguntas que estimen convenientes. Sin embargo, con el fin de no hacer que la instrucción se prolongue innecesariamente, puede efectuarse la diligencia, sin la asistencia de las partes, pero deberán ponerse en conocimiento de ellas en el término de veinticuatro horas, con el fin de que hagan las observaciones que estimen convenientes, ya que de todos los principios que rigen el proceso civil, el contradictorio es fundamental en cualquier etapa del proceso.[55]

BREVEDAD DE LA INSTRUCCIÓN

La instrucción debe terminarse en el menor tiempo posible, por ello es necesario fijar un plazo. Pensamos que no debe exceder de dos meses contados a partir del auto que resuelva sobre la prueba. Sin embargo, podría suceder que estos dos meses, sean insuficientes; por lo que en este caso debe permitirse a una de las partes gestionar la ampliación del plazo exponiendo los motivos que ella estime convenientes; en tal caso, el tribunal, previa audiencia a la parte contraria, puede conceder, en resolución fundada, la prórroga por una sola vez de igual plazo, es decir, la instrucción a lo máximo tendría que quedar concluida en el término de cuatro meses. Vencido dicho plazo el proceso se entenderá listo para el señalamiento del debate e inevacuable la prueba no recibida. Sin embargo, ésta podría ser ordenada para mejor proveer. El plazo, en realidad puede parecer largo, pero es preferible con el fin de dar mayor oportunidad de aportar pruebas a las partes, sobre todo a la demandada. Obsérvese que la parte actora ha tenido tiempo suficiente para preparar su demanda, luego goza de tiempo entre interponer el proceso, pedir el expediente administrativo, formalizar la demanda y esperar a que se le conteste. Sólo cuando ya está contestada la demanda es cuando comienza entonces el período de instrucción. Se piensa entonces, que resulta injustificado un mayor plazo, y sólo en casos excepcionales podría concederse la prórroga a que hemos hecho referencia, y no debe el juez ordenar cuando ha habido negligencia de las partes.

54. Véase ARGUEDAS SALAZAR, Olman. *"Principios del Proceso Civil"*. En: **Revista Judicial, Nº 18, diciembre de 1980, p.19.**

55. BAUDRIT CARRILLO, Diego. *"El principio del contradictorio"*. En: **Revista Judicial, Nº 12, junio de 1979, p.48.**

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Cuando hablamos del juicio oral más bien hablamos de los principios del juicio oral, contrariamente a la violación que de estos principios hace el procedimiento escrito,[56] uno de ellos es la libertad que debe tener el juez en la valoración de la prueba, sin otra limitación que las reglas de la sana crítica. No puede ser, que si el juez ha oído a testigos, esté convencido de la veracidad de ellos, ha oído a las partes, las ha interrogado, se da cuenta que el documento presentado es simulado que no se ajusta a la realidad, tenga que darle mayor valor a ese documento, en detrimento de la prueba testimonial, cuando está absolutamente convencido de la simulación. Si está demostrado con prueba testimonial, perfectamente creíble dentro de las circunstancias, que el recibo extendido por la funeraria, en pago de los servicios era para que el demandado pudiera cobrar ante la Caja Costarricense del Seguro Social gastos del funeral, puesto que éste es un requisito que exigía la Institución, no se ve cómo un juez convencido de ello, puede declarar sin lugar la demanda porque el demandado le exhibe el recibo firmado y sellado por el actor, recibo extendido con otros fines, en beneficio del demandado. Desde luego, las reglas de la sana crítica, como reglas del correcto entendimiento humano, son inevitables; no podría dársele crédito a un testigo que dice haber visto el accidente en la noche, a cuatrocientos metros del lugar, en un sitio mal iluminado. Las violaciones a las reglas de la sana crítica son perfectamente controlables en casación.

Las pruebas legales son una muestra de desconfianza para el juez. Bien es cierto que los jueces deshonestos son una calamidad inevitable, pero son muy pocos en relación con una gran mayoría de jueces honestos; y si tenemos órganos jerárquicos con hombres probos y rectilíneos, poco tiempo durarán en sus puestos los jueces que manchan la justicia, pues las quejas contra ellos no se harán esperar, y la experiencia me dice que siempre se forma en los superiores conciencia , sobre quiénes son los jueces buenos y malos, honrados e inmorales, estudiosos y vagos, inteligentes y tontos; la lógica más elemental nos dice, que de quien más debemos desconfiar es de las partes, de sus triquiñuelas y subterfugios,de la preparación de pruebas amañadas, y de toda clase de recursos para obtener una sentencia favorable a sus intereses.

LA AUDIENCIA ORAL Y PÚBLICA

A la audiciencia oral y pública el Código de Procedimientos Penales la llama debate, bien es cierto que en este acto se suscita un debate, entendido éste como una confrontación de ideas, pero no siempre la audiencia se realiza en esos términos. A nuestro modo de ver resulta indiferente la denominación.

EL PRINCIPIO DE CONCENTRACIÓN

El debate debe hacerse en forma concentrada, lo ideal sería en un solo día. Sin embargo, muchas veces esto no es posible y en consecuencia, el debate puede concentrarse en diferentes sesiones, pero éstas han de ser realizadas en forma consecutiva hasta su terminación. Sin embargo, puede también suspenderse por un término máximo de diez días cuando haya que resolver cuestiones incidentales, practicar algún acto fuera del lugar de la audiencia, o no comparezcan testigos, peritos e intérpretes, cuya intervención sea indispensable a juicio del tribunal, salvo, desde luego, que pueda continuarse con la recepción de otras pruebas hasta que el ausente sea conducido por la fuerza pública. También puede suspenderse por motivos de enfermedad del juez o del abogado, salvo que este último pueda

56. *Supra*, pp. 141 y 143.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ser sustituido sin causar ninguna indefensión a las partes, por ejemplo, el abogado que está totalmente enterado, por pertenecer a un mismo bufete y que ha estado presente durante el juicio.

El juez debe tener frescas en su mente todas las incidencias y todos los detalles del juicio. Esto sólo se logra con el principio de concentración, relacionado íntimamente con el de inmediatez. La concentración significa recibir la prueba en una sola audiencia o en varias en un lapso corto de tiempo; la inmediatez significa que el mismo juez que dicta la sentencia es el que ha recibido la prueba; luego, para que el mismo juez que ha recibido la prueba dicte el fallo, es necesario en primer lugar, que una vez terminado el debate, se pase inmediatamente a la deliberación, y que entre ésta y la recepción de la prueba medie el menor tiempo posible. Solo con audiencias seguidas, o casi seguidas, se logra esto. Si el debate pudiera suspenderse durante meses, difícilmente puede lograrse que el mismo juez que recibe la prueba dicte sentencia, y aunque así fuera, el juez no recordaría lo que dijeron los testigos, mucho menos los detalles, que en esta materia son muy importantes.

EL DEBATE

Para un buen desenvolvimiento del debate el juez debe hacer un resumen de la demanda y su contestación, fijando los puntos en que no estuvieren de acuerdo el actor y el demandado. Esto significa, que el juez hará indicación de aquéllos en que no hay controversia. Lo anterior simplifica mucho la recepción de la prueba, evitándose el recibir prueba sobre hechos que no están en discusión por aceptarse por las partes o por ser irrelevantes respecto a lo discutido.

La prueba confesional debe recibirse en primer lugar, porque si el hecho es admitido por una de ellas, puede relevar al juez de recibir, sobre ese mismo punto, otras pruebas. Por tanto, es de hacer notar que los jueces y abogados pueden preguntar al confesante sobre los hechos, hacer notar las contradicciones y pedir aclaraciones. En esto, se difiere sustancialmente del proceso escrito, en que se presenta un interrogatorio escrito, pero además, aunque se suprima el interrogatorio escrito como en el proceso laboral y en el nuevo Código Procesal Civil, siempre se ha de ir en una forma muy lenta, pues de todo se levanta acta. En el juicio oral, las partes no tienen otra limitación que la pertinencia de las preguntas. Los testigos se examinan en el orden que se estime conveniente, pero lo lógico es que se reciban primero los de la parte actora y luego los de la parte demandada. Pero, si las partes están de acuerdo, y en criterio del juez o tribunal no hay ningún obstáculo para que se varíe ese orden, puede ordenarse el cambio que se estime conveniente. Los miembros del tribunal y los abogados de las partes podrán formular preguntas a los confesantes, testigos, peritos e intérpretes. Aun cuando el dictamen del perito ya se encuentra en los autos por haberse recibido en la fase de instrucción, pueden hacerle las partes a él todas las preguntas y pedirle las aclaraciones, que en el debate estimen convenientes. Recibida la prueba de las partes, el tribunal está facultado para ordenar, aun de oficio, la recepción de cualquier prueba si en el curso del debate resultare indispensable o manifiestamente útil para esclarecer la verdad. La recepción de dicha prueba se recibirá acto continuo en la misma audiencia cuando ello fuere posible. Si no lo fuere, podrá suspenderse el debate en el término mencionado de diez días.

Terminada la recepción de las pruebas, el presidente concederá sucesivamente la palabra a abogados del actor y del demandado para que emitan sus conclusiones. Aquí, podrán hacer referencia a la prueba documental que existiere en el proceso. No podrán leerse memoriales, salvo párrafos de autores o de jurisprudencia pertinentes. Si una parte tuviere dos o más abogados, solo dos podrán hablar dividiéndose sus tareas, pues no es lógico someter a los testigos, peritos o intérpretes, y a las partes, a las preguntas de dos o más abogados de una misma parte. Podrán referirse a documentos, leerlos y mostrarlos a los jueces. La réplica deberá limitarse a la refutación de los argumentos adversos que antes no hubieren sido discutidos. En caso de manifiesto abuso de la palabra, el presidente deberá llamar la atención del exponente, y si éste persistiere, podrá limitar prudencialmente el tiempo del alegato.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

EL ACTA

El Secretario levantará acta del debate bajo pena de nulidad si no lo hiciere. Pero esta acta, a diferencia del juicio escrito, no contiene nada más que el lugar y fecha de la vista, con mención de la hora en que comenzó y terminó, de las suspensiones impuestas, el nombre y el apellido de los jueces, partes y abogados, y sus calidades, el nombre y apellido de los testigos peritos e intérpretes con mención del juramento. En el juicio escrito, todo lo que dicen los testigos debe consignarse; esto no es posible en el juicio oral, y resultaría un contrasentido porque se pierde la agilidad que éste requiere. Todos los elementos probatorios que le sirven al juez para su convencimiento, los consignará al momento de redactar el fallo, por ejemplo, después del enunciado del hecho debe decirse: "Este hecho se tiene por probado con la declaración del testigo xx quien manifestó en el debate lo siguiente...", y consignar lo que el testigo dijo. Sin embargo, cuando el tribunal o las partes lo estimen conveniente, puede ordenarse la grabación o versión taquigráfica total o parcial del debate, pero esto no releva de la fundamentación mencionada.

DE LA SENTENCIA EN EL JUICIO ORAL

Un principio fundamental en el juicio oral es que la sentencia sea dictada por el mismo juez que recibió la prueba, para que se cumpla el principio de inmediatez; es un verdadero contrasentido que un juez dicte, en el proceso escrito, la sentencia, basado en una prueba que no puede valorar porque no ha oído a los testigos, ni preguntado libre y ágilmente a las partes ni ha examinado lugares ni objetos... La deliberación ha de realizarse en forma secreta, pero ha de ser un acto continuo, que no puede suspenderse salvo el caso de fuerza mayor o que uno de los jueces se enfermare hasta el punto que no pueda seguir actuando, en cuyo caso la suspensión se hará constar y se informará a la Inspección Judicial. La sentencia debe ser redactada y firmada inmediatamente después de la deliberación. En seguida el secretario se constituirá nuevamente en la Sala de Audiencias, después de convocadas verbalmente las partes y sus apoderados y les entregará copia de ella. Se considera totalmente innecesario la lectura de la sentencia por el tribunal en pleno. Si la complejidad del asunto o lo avanzado de la hora hiciere necesario diferir la redacción de la sentencia, en dicha oportunidad se entregará tan sólo la parte dispositiva de la sentencia, y se fijará dentro de tres días, bajo pena de nulidad, la fecha para la entrega de las copias de la sentencia integral. Esta redacción inmediata de la sentencia es fundamental por tres razones: 1. por la capacidad de acierto. El juez debe tener muy presente todo lo sucedido en el juicio, por ejemplo, lo dicho por los testigos, las explicaciones de las partes, las aclaraciones de los peritos, los alegatos de los abogados, y esto sólo se logra obligando al juez a redactar el fallo en forma inmediata. 2. porque es el mayor logro conseguido por el sistema oral para acortar la duración de los juicios; debate terminado, juicio concluido, y 3. porque si la sentencia puede prolongarse, se perderá la inmediatez, ya que los jueces cambian constantemente, por ascensos, vacaciones, renuncias, traslados, incapacidades, permisos, becas, etc.

La entrega de las copias se hará constar en el expediente si concurrieren las partes, igualmente se hará constar si no concurren, pero tanto en uno como en otro caso dicha acta valdrá como notificación por ser la forma más rápida de poner en conocimiento de los jueces, de las partes y de cualquier otro interesado el fallo.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

MEDIOS DE IMPUGNACIÓN

La sentencia, en el juicio oral admite el recurso de casación, no de apelación. Este recurso implica sustitución del tribunal para valorar todo el material probatorio,[57] y esto violaría todos los principios mencionados al fallar un tribunal un juicio sin celebrar el debate. El recurso de casación, en cambio doctrinariamente, cumple una labor de control tanto de forma como de sustancia pero está limitado únicamente a violación de las normas procesales o sustantivas, sin que pueda el juez de casación sustituir al juez del debate en la valoración de la prueba... En los países que se concede el recurso de apelación, se hace necesario realizar de nuevo el debate,[58] esto no sólo es caro, sino innecesario, pues es sólo una repetición del juicio. En Costa Rica, en el proceso penal, cuando la casación es procedente por violación a las reglas de la sana crítica, se ordena la realización de un nuevo debate; el tribunal puede casar la sentencia por falta de aplicación, aplicación errónea o mala interpretación de la ley, incluso puede casar cuando el tribunal de instancia ha violado las reglas de la sana crítica. Se ha sostenido por algunos juristas costarricenses, que resulta innecesario, en estos casos, que el tribunal anule el debate, porque el tribunal de casación puede dictar el fallo con los elementos probatorios que han de constar en la sentencia, sin embargo resulta difícil dictar el fallo, en estas condiciones sin que el juez entre en una valoración de la prueba.

CONCLUSIONES

1. Bien puede concluirse que el sistema escrito es el más lento, el más atrasado, el más injusto, y el que menos sirve a los fines de la justicia.

2. Las pruebas no son recibidas por el mismo tribunal que está obligado a dictar la sentencia.

3. El juicio oral impone al juez un ritmo ordenado de trabajo, que resulta impostergable. Debe prepararse en el estudio del expediente para realizar el debate que se celebrará en la fecha señalada, asistir a la audiencia, y dictar sentencia sin que pueda diferir la solución. Se ha criticado que el juez puede no estar preparado para dictar el fallo. Esto no es cierto. El juez tiene un expediente y sabe la fecha del señalamiento, lo estudia con anterioridad, investiga los puntos de doctrina que están en discusión. De manera que cuando se realiza el juicio oral, se encuentra preparado en el conocimiento de todo el expediente.

4. La inmediación de la prueba testimonial y los alegatos hacen que el juez esté en condiciones de decidir. Cuando el juez se retira a deliberar, ya tiene muy claro en su fuero interno cuál es la solución que corresponde al problema planteado.

5. Las posibilidades de acierto son mucho mayores en el sistema oral. En el tribunal colegiado se aportan puntos de vista nuevos que enriquecen la fundamentación.

6. La doble instancia se hace innecesaria y los errores de hecho y de Derecho en la apreciación de la prueba o en la interpretación de la ley se pueden corregir en casación.

7. Los abogados de las partes se convierten en verdaderos colaboradores de la justicia, repreguntando a los testigos, exponiendo con agilidad sus propios puntos de vista, replicando al contrario.

8. El juez pone mayor atención a lo que se dice y se explica, porque sabe que inmediatamente va a dictar sentencia.

9. La necesidad de dictar el fallo casi inmediatamente después del debate, hace que el juez sea concreto en la argumentación, claro y preciso en sus ideas.

10. Las partes saben inmediatamente el contenido del fallo, poniendo fin a su incertidumbre.

11. El Juicio oral obliga a la reestructuración de tribunales y a que éstos respondan realmente al volumen de su trabajo.

---

57. DE LA PLAZA, Manuel. *Derecho Procesal Civil Español,* Editorial Revista de Derecho Privado, Vol. II, Madrid, 1955, p. 773; CORDERO ARIAS, Édgar. *"Los medios de impugnación".* En: **Revista Judicial, Nº 46,** junio de 1989.

58. REGIDOR, U., Jorge y otros. *"La Impugnación en el Proceso Civil".* En: **Revista Judicial, Nº 35,** diciembre de 1934, p.95.