



# Temas actuales de Derecho Público

*Argentina, Brasil, España, México,  
Perú, Paraguay y Uruguay*

*Jaime Rodríguez Arana Muñoz*

*Romeu Felipe Bacellar Filho*

*Jorge Fernández Ruiz*

*Daniel Hugo Martins*

*José A. Moreno Ruffinelli*

*Ernesto Velázquez Argaña*

*Carlos Codás Zavala*

*Jorge Luis Maiorano*

*Enrique A. Sosa Elizeche*

*Ricardo Rivero Ortega*

*Augusto Durán Martínez*

*Carlos E. Delpiazzo*

*José Luis Meilán Gill*

*Marco Aurelio González Maldonado*

*José Antonio Moreno Molina*

*Luis Enrique Chase Plate*

*Victorhugo Montoya Chávez*

2016





## TEMAS ACTUALES DE DERECHO PÚBLICO

2016



# INDICE

<b>PRESENTACIÓN</b> _____	7
<b>REFORMA ADMINISTRATIVA Y NUEVAS POLÍTICAS PÚBLICAS</b> _____ <i>Jaime Rodríguez-Arana Muñoz</i>	9
<b>A NOÇÃO JURÍDICA DE INTERESSE PÚBLICO NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO</b> _____ <i>Romeu Felipe Bacellar Filho</i>	41
<b>FENÓMENO ESTATAL, CONSTITUCIÓN Y DEMOCRACIA</b> _____ <i>Jorge Fernández Ruiz</i>	73
<b>ESTADO – DEMOCRACIA - CONSTITUCIÓN</b> _____ <i>Por Daniel Hugo Martins</i>	99
<b>RELACIONES COMERCIALES MERCOSUR UNION EUROPEA</b> _____ <i>Dr. José A. Moreno Ruffinelli</i>	111
<b>TRATADOS BILATERALES DE INVERSIONES (TBI) Y EL CONTRATO DE INVERSIÓN</b> _____ <i>Ernesto Velázquez Argaña</i>	119
<b>CONSIDERACIONES SOBRE EL GRADO DE INDEPENDENCIA DEL BANCO CENTRAL DEL PARAGUAY</b> _____ <i>Carlos Cotas Zavala</i>	137
<b>FACULTADES REGLADAS Y DISCRECIONALES</b> _____ <i>Dr. Jorge Luis Maiorano</i>	153
<b>LA ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. LA DISCRECIONAL Y LA REGLADA</b> <b>Ámbito de la revisión judicial</b> _____ <i>Enrique A. Sosa Elizeche</i>	163
<b>LOS CONTRATOS DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA</b> _____ <i>Dr. Ricardo Rivero</i>	175
<b>LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO</b> <b>LA POSICIÓN JURÍDICA DEL CIUDADANO</b> _____ <i>Augusto Durán Martínez</i>	185

<b>A DISTINÇÃO ENTRE PROCESSO E PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO: CONSEQUÊNCIAS QUANTO AO REGIME JURÍDICO E ÀS GARANTIAS DO PROCESSO DISCIPLINAR</b> _____	217
<i>Romeu Felipe Bacellar Filho</i>	
<b>PRINCIPIOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO DISCIPLINARIO ESPECIAL REFERENCIA A LA LEY N° 19.121</b> _____	255
<i>Augusto Durán Martínez</i>	
<b>DESPLIEGUE DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO</b> _____	283
<i>Dr. Carlos E. Delpiazzo</i>	
<b>EL CARÁCTER OBJETIVO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: UNA REVISIÓN DOCTRINAL</b> _____	303
<i>José Luis Meilán Gil</i>	
<b>LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN, EXIGENCIA DEL ESTADO DE DERECHO REPUBLICANO</b> _____	325
<i>Marco Aurelio González Maldonado</i>	
<b>ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE LA UNIÓN EUROPEA</b> _____	353
<i>José Antonio Moreno Molina</i>	
<b>EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA LEYES EN EL PARAGUAY</b> _____	389
<i>Luis Enrique Chase Plate</i>	
<b>EL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL PERÚ</b> _____	419
<i>Victorhugo Montoya Chávez</i>	

## PRESENTACIÓN

El Banco Central del Paraguay, reconociendo la gran relevancia del Derecho Público como *parasmatrix et centralis* de la administración gubernamental, y su innegable impacto en el desarrollo de las instituciones y del consecuente bienestar económico y social que esto conlleva, ha tomado la iniciativa de organizar un Seminario Internacional de Derecho Público, con la participación de los más renombrados exponentes iberoamericanos en la materia.

La presente obra nace como resultado de las exposiciones de los maestros del Derecho Público que durante tres días abordaron, de manera exhaustiva, los temas más actuales que atañen a esta rama del Derecho.

Es intención de nuestra institución contribuir con el avance y la modernización del Derecho Público en el país, lo cual consideramos no solamente podrá ser concretado desde las aulas de la Academia, sino a través de la aplicación cotidiana de los grandes principios que lo integran. El Derecho Público contiene un elemento principal, al que el eminente jurista norteamericano John Rawls denomina *la idea de la razón pública*, que especifica al nivel más elevado los valores morales y políticos que determinan las relaciones de un gobierno democrático con sus ciudadanos.

Es por ello que esta rama del Derecho sufre constantes transformaciones, adaptándose a la contingencia de nuestros tiempos, entre ellas la emergencia de nuevas estrategias de regulación, la diagramación de nuevos procedimientos, la utilización de herramientas de otras ramas del derecho, la integración y asociación con otras instituciones jurídicas, entre muchas otras.

Ahora bien, en todos los casos el derecho público encuentra fuente y sustento en la norma constitucional que lo hace sostenible en el tiempo y que explica su relevancia jurídica; pero sin que ello obste su reafirmación y actualización doctrinal, dinamismo que ha servido para la supervivencia y desarrollo, desde su creación por el Consejo de Estado francés hasta nuestros tiempos.

Cabe señalar que, aunque nuestro ordenamiento jurídico carezca de una ley de procedimientos administrativos y el ámbito contencioso-judicial se encuentre escasamente regulado, el Derecho Público -y particularmente el Derecho Administrativo- ha tenido un desarrollo extraordinario, gracias a la aplicación de los principios rectores que ha permitido la construcción de un edificio jurisprudencial y doctrinal arraigado en sólidas bases ius-filosóficas.

No obstante ello, es fundamental la constante identificación de las nuevas tendencias doctrinarias y jurisprudenciales en la materia, pues esto contribuye al avance de las instituciones y, por tanto, de la sociedad. Esta premisa es perfectamente entendida por nuestra institución, que ha impulsado la diagramación y publicación de esta obra.

Estamos convencidos, atendiendo a la actualidad y relevancia de los temas abordados, todos recurrentes en la función pública, que la presente publicación será de especial transcendencia para juristas, académicos, estudiantes y todos aquellos administradores y administrados conscientes de la importancia de los temas abordados para seguir forjando un Derecho Público más sólido.

La organización del Seminario y la publicación de esta edición fueron coordinadas por el Dr. Luis Enrique Chase Plate, reconocido catedrático de Derecho Administrativo y de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Asunción. Asimismo, la presencia de los distinguidos catedráticos en el Seminario: *Augusto Durán Martínez, Carlos Delpiazzo, Daniel Hugo Martins, Enrique Sosa Elizeche, Jaime Rodríguez-Arana, Jorge Fernández Ruiz, Jorge Luis Maiorano, José Antonio Moreno Molina, José Antonio Moreno Ruffinelli, Luis Enrique Chase Plate, Marco Aurelio González Maldonado, Ricardo Rivero, Romeu Felipe Bacellar, Sergio Abreu, Victorhugo Montoya*; quienes abordaron magistralmente los diversos temas de su especialidad, hizo de éste un evento único en el país. Los temas abordados en ocasión del seminario y que se desarrollan en esta obra son los siguientes:

*Reforma administrativa y nuevas políticas públicas*  
*La noción jurídica de interés público en el Derecho Administrativo*  
*Estado, Democracia y Constitución*  
*Constitución y democracia. Fenómeno estatal*  
*El acto administrativo*  
*La discrecionalidad de la Administración Pública*  
*La jurisdicción contencioso-administrativa*  
*La distinción entre proceso y procedimiento administrativo*  
*Principios del Derecho Administrativo Disciplinario*  
*La responsabilidad administrativa en el Estado Constitucional de Derecho*  
*La responsabilidad del Estado en Paraguay*  
*Análisis de la responsabilidad extracontractual de la Unión Europea*  
*El control jurisdiccional de las leyes en Paraguay*  
*El proceso de inconstitucionalidad en el Perú*

No nos queda más que agradecer muy especialmente a los ilustres profesores que han colaborado con sus respectivos artículos para la publicación de esta obra, quienes con el ánimo de provocar el debate nacional tuvieron el gesto de brindar a la comunidad jurídica paraguaya el gran acervo doctrinario que queda materializado en esta obra.

**Dr. Ernesto Velázquez Argaña**  
*Miembro Titular del Directorio del BCP*



# REFORMA ADMINISTRATIVA Y NUEVAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz  
Catedrático de Derecho Administrativo  
Presidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo





# REFORMA ADMINISTRATIVA Y NUEVAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Jaime Rodríguez – Arana Muñoz<sup>1</sup>

**SUMARIO:** 1. Introducción; 2. La Centralidad del ciudadano; 3. Participación ciudadana; 4. Transparencia y acceso a la información; 5. El Gobierno abierto; 6. La buena administración orientada al bien común; 7. La dimensión ética de la función pública; 8. Reflexión conclusiva; 9. Bibliografía.

## I. Introducción

El problema de la legitimación democrática de la Administración pública siempre está en candilero. Por una razón elemental: la Administración, salvo el Gobierno que la dirige, como tal no responde en el Parlamento. Los funcionarios son seleccionados en teoría en rigurosos procesos objetivos sin participación ciudadana y, con el paso del tiempo, especialmente en una época de crisis general, también política y social, advertimos un progresivo proceso de privatización del interés general y la emergencia de la llamada vetocracia, que pone en peligro ciertamente la esencia de la Administración pública en el Estado social y democrático de Derecho: el servicio objetivo al interés general. Por eso, desde hace tiempo se trabaja, con desigual fortuna según espacios y latitudes, en reformas y transformaciones de las estructuras, de los procedimientos y del personal al servicio de Gobiernos y Administraciones públicas. Y por eso, se intenta, de una u otra forma convertir el aparato burocrático, el complejo Gobierno-Administración, a los principios y valores democráticos a través de esquemas y planteamientos que parten del pensamiento, abierto, plural, dinámico y compatible.

La centralidad del ciudadano y de sus derechos fundamentales, la apertura del Gobierno y la Administración a la realidad social, la motivación de las actuaciones públicas, las nuevas tecnologías y los continuos y exigentes reclamos de participación social, permiten entrever el calado y la magnitud de las transformaciones que deberían implementarse al corazón y estructura de nuestros Gobiernos y Administraciones públicas, en exceso politizados y en exceso dependientes de las formaciones políticas, lo que repercute en detrimento de la racionalidad y objetividad que les impone la Carta Magna.

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela (1986). Doctor honoris causa por la Universidad Hispanoamericana de Nicaragua (2009).

Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de La Coruña y director de su departamento de Derecho Público Especial (desde 1992)

Presidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo y de la Asociación Española de Ciencias Administrativas (desde 2004). Presidente de la Sección Española del Instituto Internacional de Ciencias Administrativas (desde 2001). Es vicepresidente de la Asociación Internacional de Metodología Jurídica (desde 1990) y del Instituto Iberoamericano de Derecho Público y Administrativo Jesús González Pérez (desde 2007)

Es autor de numerosos libros de Derecho Público y Ciencia Política. Ha sido miembro de diversas asociaciones y ha participado en varios proyectos a nivel nacional e internacional.

En efecto, la preocupación por los distintos procesos de lo que ha venido a denominarse reforma o modernización administrativa, esquemáticamente reforma del Estado, también desde la perspectiva de la regeneración democrática, es constante a lo largo de los últimos tiempos, en los que se han sucedido intentos y propuestas para buscar la adecuación estructural y funcional de la Administración pública a la compleja y plural realidad en que vivimos.

Ahora, desde nuevas perspectivas, hemos que procurar construir una nueva Administración pública que deje en manos de los Gobiernos y Administraciones más cercanos a la población la principal carga de la tarea de ejecución y gestión administrativa

residenciando en el ámbito estatal la sustancia de lo básico, de lo común, de lo que reclama, con pleno respeto la identidad propia, programaciones generales, normas que garanticen la igualdad esencial de todos los españoles en cualquier parte del territorio en que se encuentren. Por eso las políticas públicas de solidaridad y de equidad cada vez tienen una mayor proyección desde el Estado-Nación.

En términos generales, las transformaciones observadas en los países desarrollados desde la óptica de la gestión pública son bastante similares. Todo un conjunto de fenómenos como la preocupación por la eficacia pública, la búsqueda de la calidad en la prestación de los servicios públicos con la consiguiente orientación al ciudadano, supuestos de descentralización territorial y funcional, mayor participación de las organizaciones no gubernamentales en la gestión de servicios, etc., son intentos de reducir el exceso de leyes y reglamentos y, al tiempo, fórmulas para generar instrumentos que fortalezcan la idea de servicio público, tan necesaria hoy en día.

La práctica totalidad de los procesos de reforma y modernización administrativa se declaran dirigidos a conseguir una Administración Pública más eficaz, más sencilla, que cueste menos y que atienda mejor al ciudadano en sus necesidades públicas. De esta manera, se pone de manifiesto un dato de importancia capital: los modelos políticos y administrativos han de construirse a partir del ciudadano, de abajo hacia arriba, en función de sus necesidades colectivas. Este es, en mi opinión, el “punctum dolems” de cualquier proceso de reforma o modernización administrativa que se plantee desde cualquier perspectiva de regeneración democrática: que se tenga bien claro que el dueño, que el propietario de la Administración pública es el ciudadano. Sin embargo, siendo esta afirmación tan evidente, ha sido preterida y orillada en los diferentes intentos de reforma o modernización realizados en los últimos años. Por una poderosa razón: porque todavía cala muy hondo en las tecnoestructuras administrativas y gubernamentales la idea de que el verdadero dueño del poder es, lisa y llanamente, quien lo ejerce, quien lo desempeña.

El Estado se ha convertido, en la práctica totalidad de los países de nuestro entorno,

en un Estado Social y Democrático de Derecho, superando anteriores concepciones basadas en una administración de autoridad, limitadora de los derechos fundamentales y libertades públicas. Aparece también en la Constitución el principio de eficacia como elemento rector de la actividad administrativa, al que es necesario unir, como derivación de la cláusula del Estado Social, el mandato constitucional dirigido a los poderes públicos de remoción de los obstáculos que impidan al individuo y los grupos en que se integra disfrutar real y efectivamente de la libertad y de la igualdad (artículo 9.2 constitucional). La eficacia debe ir siempre acompañada del servicio efectivo a los intereses generales. Si la eficacia se convierte en el criterio único de la acción administrativa, es muy fácil, y ejemplos hay, que se confundan los fines y los medios.

Insisto, los modelos políticos y administrativos deben construirse a partir de la persona y en función de sus necesidades colectivas, porque, como dispone nuestra Constitución, “la Administración sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con el principio de eficacia y descentralización, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho”(artículo 103.1 de la Constitución española de 1978). Además, el gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos y su programación y ejecución responderán a los principios de eficiencia y economía (artículo 31.2 de la Constitución española de 1978), un artículo, por cierto, tan relevante como desconocido en la praxis pública y en la interpretación constitucional.

Los principios constitucionales de organización de la Administración española son, pues, los que han de proporcionarnos el marco general del proceso de reforma administrativa, que por su propia naturaleza es permanente y abierto mientras existan intereses generales que atender.

La Administración pública del Estado Social y Democrático de Derecho ha de configurarse, pues, como una organización que debe distinguirse por los principios de legalidad, de eficacia y de servicio. Juridicidad, legalidad en sentido amplio, como gustaba decir a HAURIOU, porque el procedimiento administrativo no es otra cosa que un camino pensado para salvaguardar los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos. Eficacia, porque hoy es perfectamente exigible a la organización administrativa que se aplique a la consecución de los fines que se establecen. Y servicio, sobre todo, porque no se puede olvidar que la justificación de la existencia de la Administración pública como organización, se encuentra en el servicio a los intereses generales. Por eso, las distintas potestades y poderes públicos son manifestaciones concretas de esa idea de servicio a la comunidad, al pueblo. Legalidad, eficacia y servicio son, pues, los parámetros fundamentales de la acción administrativa.

Todo ello permite pensar en la necesidad de potenciar un clima de transformación permanente en la Administración pública en el sentido de establecer las condiciones necesarias para su corrección y adaptación a unas circunstancias cambiantes de manera sistemática y cotidiana, aprovechando las opiniones de los ciudadanos sobre lo que, a su juicio, sería su funcionamiento deseable.

En esta situación, no puede ni debe olvidarse el actual, aunque permanente siempre, contexto de limitación del gasto público, que obliga a buscar un funcionamiento del aparato público que respete los indicadores de racionalidad en la gestión de recursos, tanto humanos como financieros, utilizando técnicas que van desde la programación por objetivos y el sistema de control de resultados a la introducción de estándares de calidad en los servicios públicos. Algo todavía, salvo en determinados casos, inédito entre nosotros, quizás por ese temor reverencial que se tienen a la introducción de indicadores “objetivos” como si de algo de otro mundo se tratara.

Por otra parte, la configuración del Estado social y democrático de derecho supone una nueva funcionalidad de la Administración Pública. En efecto, la Administración, al gestionar los intereses generales, no tiene que imponerse frente a los ciudadanos. Más bien debe propiciar fórmulas o medidas que impliquen la colaboración de la sociedad y, por tanto, de los ciudadanos en la elaboración de los criterios rectores que impulsen las políticas públicas. En otras palabras, la Administración pública ya no es dueña del interés público sino que está llamada, por su inserción en el Estado Social y Democrático de Derecho, a articular una adecuada intercomunicación con los agentes sociales para redefinir las políticas públicas. Quiere eso decir que los ciudadanos no deben ser sólo sujetos pasivos de las potestades públicas, sino que deben aspirar a ser legítimos colaboradores y protagonistas de la propia Administración para la gestión de los propios intereses que les afecten. Desde esta perspectiva puede entenderse mejor la función promocional de los poderes públicos en nuestro tiempo.

Una de las polémicas políticas más interesantes a las que podemos asistir en estos momentos es la de la función del Estado, y más concretamente, la de la supuesta crisis del llamado Estado del Bienestar. O lo que es lo mismo, la crisis de las “socialdemocracias” como consecuencia del ocaso de sus postulados más rutilantes y atractivos.

¿Por qué ha entrado en crisis esta forma de entender las relaciones Estado-Sociedad?. Me parece que, entre otras razones, porque el Estado, que está al servicio del interés general y del bienestar general, se olvidó, y no pocas veces, de los problemas reales de la población.

Por eso, la reforma del Estado actual hace necesario colocar en el centro de la actividad pública la preocupación por las personas, por sus derechos, porque brille con luz propia la dignidad del ser humano en toda sus dimensiones. El modelo del Estado intervencionista acabó por ser un fin en sí mismo, como el gasto público y la burocracia, que realmente no tienen sentido sino como instrumentos al servicio de los derechos y libertades de todos los ciudadanos. Hoy, más que nunca, repito, hay que recordar que el Estado es de la ciudadanía, que la burocracia es del pueblo y que los intereses generales deben definirse con la activa participación de los habitantes.

La reforma del Estado del Bienestar no puede depender de una ideología cerrada en la configuración de su proyecto porque las nuevas políticas se delimitan hoy por una renuncia expresa a todo dogmatismo político y por la apuesta hacia ese flexible dinamismo que acompaña a la realidad y, por ello, a los problemas de las personas. Hoy, me parece, la ideología cerrada aporta sobre todo y ante todo una configuración completa y cerrada de la realidad social y de la historia de carácter dogmática que no puede, es imposible, acercarse a un mundo que se define por su dinamismo, pluralismo y versatilidad.

Las prestaciones sociales, las atenciones sanitarias, las políticas educativas son bienes de carácter básico que un Gobierno debe poner entre sus prioridades políticas, de manera que la garantía de esos bienes se convierta en condición para que una sociedad libere energías que permitan su desarrollo y la conquista de nuevos espacios de libertad y de participación ciudadana.

Este conjunto de prestaciones del Estado, que constituye el entramado básico de lo que se denomina Estado de bienestar, no puede tomarse como un fin en sí mismo. Esta concepción se traduciría en una reducción del Estado al papel de suministrador de servicios, con lo que el ámbito público se convertiría en una rémora del desarrollo social, político, económico y cultural. Además, una concepción de este tipo se traduciría no en el equilibrio social necesario para la creación de una atmósfera adecuada para los desarrollos libres de los ciudadanos y de las asociaciones, sino que podría llevar a una concepción estática que privara al cuerpo social del dinamismo necesario para liberarse de la esclerosis y conservadurismo que acompaña a la mentalidad de los derechos adquiridos.

Las prestaciones, los derechos, tienen un carácter dinámico que no puede quedar a merced de mayorías clientelares, anquilosadas, sin proyecto vital, que puede llegar a convertirse en un cáncer de la vida social. Las prestaciones del Estado tienen su sentido en su finalidad.

Sírvanos como ejemplo la acción del Estado en relación con los colectivos más desfavorecidos, en los que -por motivos diferentes- contamos a los marginados, los parados, los pobres y los mayores. Las prestaciones del Estado nunca pueden tener la consideración de dádivas mecánicas. Más bien, el Estado debe proporcionar con sus prestaciones el desarrollo, la manifestación, el afloramiento de las energías y capacidades que se ven escondidas en esos amplios sectores sociales y que tendrá la manifestación adecuada en la aparición de la iniciativa individual y asociativa.

Un planteamiento de este tipo permitiría afirmar claramente la plena compatibilidad entre la esfera de los intereses de la empresa y de la justicia social, ya que las tareas de redistribución de la riqueza deben tener un carácter dinamizador de los sectores menos favorecidos, no conformador de ellos. Además, permitirá igualmente conciliar

la necesidad de mantener los actuales niveles de bienestar y la necesidad de realizar ajustes en la priorización de las prestaciones, que se traduce en una mayor efectividad del esfuerzo redistributivo.

Las nuevas políticas públicas se configuran como puntos de encuentro entre la actuación pública y las aspiraciones, el sentir social, de la ciudadanía. Bien entendido que ese encuentro no puede ser resultado de una pura adaptabilidad camaleónica a las demandas sociales. Conducir las actuaciones políticas por las meras aspiraciones de los diversos sectores sociales, es caer directamente en otro tipo de pragmatismo y de tecnocracia: es sustituir a los gestores económicos por los prospectores sociales.

La prospección social, como conjunto de técnicas para conocer más adecuadamente los perfiles de la sociedad en sus diversos segmentos, es un factor más de apertura a la realidad. La correcta gestión económica es un elemento preciso de ese entramado complejo que denominamos eficiencia, pero ni una ni otra sustituyen al discurso político. La deliberación sobre los grandes principios, su explicitación en un proyecto político, su traducción en un programa de gobierno da sustancia política a las actuaciones concretas, que cobran sentido en el conjunto del programa, y con el impulso del proyecto.

Las políticas públicas modernas se hacen, pues, siempre a favor de las personas, de su autonomía -libertad y cooperación-, dándole cancha a quienes la ejercen e incitando o propiciando su ejercicio -libre- por parte de quienes tienen mayores dificultades para hacerlo. Acción social y libre iniciativa son realidades que el pensamiento compatible capta como integradoras de una realidad única, no como realidades contrapuestas.

Las políticas públicas modernas no se hacen pensando en una mayoría social, en un segmento social que garantice las mayorías necesarias en la política democrática, sino que las nuevas políticas se dirigen al conjunto de la sociedad, y cuando están verdaderamente centradas son capaces de concitar a la mayoría social, aquella mayoría natural de individuos que sitúan la libertad, la tolerancia y la solidaridad entre sus valores preferentes.

Conforme pasa el tiempo y contemplamos los dramas del siglo pasado, se ha ido perfilando con mayor claridad y se ha ido haciendo cada vez más explícita una idea que ha estado siempre presente de un modo u otro en el pensamiento democrático. El fundamento del Estado democrático hay que situarlo en la dignidad de la persona.

La persona se constituye en el centro de la acción pública. No la persona genérica o una universal naturaleza humana, sino la persona, cada individuo, revestido de sus peculiaridades irreductibles, de sus coordenadas vitales, existenciales, que lo convierten en algo irrepetible e intransferible, en persona.



Cada persona es sujeto de una dignidad inalienable que se traduce en derechos también inalienables, los derechos humanos, que han ocupado, cada vez con mayor intensidad y extensión, la atención de los políticos democráticos de cualquier signo en todo el mundo.

En este contexto es donde se alumbran las nuevas políticas públicas, que pretenden significar que es en la persona singular en donde se pone el foco de la atención pública, que son cada mujer y cada hombre el centro de la acción política.

Este cambio en el sentido de la vida pública, cabría decir mejor, esta profundización en su significado, se ha producido a la par que una reflexión sobre el sentido y las bases del Estado democrático. Esta reflexión ha venido obligada no sólo por los profundos cambios a los que venimos asistiendo en nuestro tiempo. Cambios de orden geoestratégico que han modificado parece que definitivamente el marco ideológico en que se venía desarrollando el orden político vigente para poblaciones muy numerosas. Cambios tecnológicos que han producido una variación sin precedentes en las posibilidades y vías de comunicación humana, y que han abierto expectativas increíbles hace muy poco tiempo. Cambios en la percepción de la realidad, en la conciencia de amplísimas capas de la población que permiten a algunos augurar, sin riesgo excesivo, que nos encontramos en las puertas de un cambio de civilización.

Es una reflexión obligada también por la insatisfacción que se aprecia en los países desarrollados de occidente ante los modos de vida, las expectativas existenciales, las vivencias personales de libertad y participación.

Y es una reflexión que nos conduce derechamente a replantearnos el sentido de la vida y del sistema democrático, no para superarlo, sino para recuperarlo en su ser más genuino y despojarlo de las adherencias negativas con que determinados aspectos de las ideologías cerradas lo han contaminado, contaminaciones que han estado en el origen de las lamentables experiencias totalitarias de este siglo, particularmente en Europa.

Recuperar el pulso del Estado democrático y fortalecerlo significa entre otras cosas, recuperar para el Estado los principios de su funcionalidad básica que se expresa adecuadamente -aunque no sólo- en aquellos derechos primarios sobre los que se asienta nuestra posibilidad de ser como hombres. Entre ellos el derecho a la vida, a la seguridad de nuestra existencia, el derecho a la salud.

En cualquier caso, debe quedar claro que esta transformación del modelo de Estado no afecta a los objetivos sociales planteados por el Estado del Bienestar, que incluso podrían ampliarse como consecuencia de una revisión del propio concepto de bienestar. Desde el informe BEVERIDGE (1942) hasta la actualidad, se adoptó un enfoque meramente negativo del bienestar, que consistía en luchar contra la

indigencia, la enfermedad, la ignorancia, la miseria y la indolencia. Se trataba de una visión eminentemente económica del bienestar y de las prestaciones necesarias para su consecución.

Hoy parece evidente la superación de esta visión. Las prestaciones o ventajas económicas no son casi nunca suficientes para producir bienestar; es además necesario promover simultáneamente mejoras psicológicas. Se trata, como apunta GUIDDENS, de alcanzar un bienestar positivo: en lugar de luchar contra la indigencia, se debe promover la autonomía; en vez de combatir la enfermedad, se debe prevenir su existencia promoviendo una salud activa; no hay que erradicar la ignorancia sino invertir en educación, no debe mitigarse la miseria, sino promover la prosperidad, y finalmente, no debe tratar de erradicarse la indolencia, sino premiar la iniciativa.

Por lo tanto, si el Estado tiene como función primaria genérica la promoción de la dignidad humana, se entenderá sin esfuerzo que el bienestar de los ciudadanos ocupe un lugar absolutamente prioritario en la actividad del Estado. Esto, forzoso es recordarlo, no es patrimonio exclusivo de ningún grupo ni de ninguna instancia política, es patrimonio del sentido común, o del sentir común. ¿Para qué querríamos un Estado que no nos proporcionará mejores condiciones para el desarrollo y el logro de los bienes que consideramos más apreciables por básicos?. Ciertamente hay todavía Estados concebidos como instrumentos de opresión o al servicio de los intereses de unos pocos, pero no podemos olvidar que nuestra referencia es el Estado democrático de Derecho, un Estado de libertades, que en la práctica y hasta ahora viene haciendo imposible tal situación de abuso entre nosotros.

Que el bienestar sea una condición para el desarrollo personal, como seres humanos en plenitud, no es un hallazgo reciente ni mucho menos. Ya los antiguos entendieron que sin unas condiciones materiales adecuadas no es posible el desarrollo de la vida moral, de la vida personal, y el hombre queda atrapado en la perentoriedad de los problemas derivados de lo que podríamos llamar su simple condición animal, y reducido a ella. Pero quisiera subrayar que bienestar no es equivalente a desarrollo personal. El bienestar es la base, la condición de partida que hace posible ese desarrollo. Por eso el bienestar no es un absoluto, un punto de llegada.

Concebir el bienestar como una finalidad de la política, como una meta o un punto de llegada, constituyen una espiral de consumo, de inversión pública, de intervención estatal, que llegó a desembocar en la concepción del Estado como providente, como tutor de los ciudadanos e instancia para la resolución última de sus demandas de todo orden. Este modo de entender la acción del Estado condujo de modo inequívoco a considerar a las instancias públicas como proveedoras de la solución a todas nuestras necesidades, incluso a las más menudas, incluso a nuestras incomodidades, incluso -si me apuraran- me atrevería a decir de los caprichos de muchos ciudadanos.

En esa espiral, asumida desde planteamientos doctrinarios que la historia más reciente ha demostrado errados, el Estado ha llegado prácticamente a su colapso, ha sido incapaz de responder a la voracidad de los consumidores que él mismo ha alumbrado y alimentado con mimo a veces demagógico. Exigencia de prestaciones y evasión de responsabilidades se han confabulado para hacer imposible el sueño socialista del Estado providencia. En un Estado así concebido el individuo se convierte en una pieza de la maquinaria de producción y en una unidad de consumo, y por ende se ve privado de sus derechos más elementales si no se somete a la lógica de este Estado, quedando arrumbados su libertad, su iniciativa, su espontaneidad, su creatividad, y reducida su condición a la de pieza uniforme en el engranaje social, con una libertad aparente reducida al ámbito de la privacidad.

Así las cosas, bien someramente descritas, la reforma del llamado Estado de Bienestar no ha sido tarea de un liberalismo rampante como algunos han pretendido hacer creer. No hay tal cosa. La necesidad de la reforma ha venido impuesta por una razón material y por una razón moral. La reforma del Estado de Bienestar ha sido una exigencia ineludible impuesta por el fracaso de una concepción desproporcionada. Dicho de otra manera, la reforma del Estado de Bienestar ha sido exigida por la realidad, por las cuentas, por su inviabilidad práctica. Y, en el orden moral, por la grave insatisfacción que se ha ido produciendo en las generaciones nuevas que han visto reducida su existencia -permítaseme la expresión- a una condición estabular que no podía menos que repugnarles.

Sentido tecnocrático de la política, podrán terciar algunos, reducción de los parámetros políticos a puras mediciones económicas, insistirán al oír hablar de cuentas. Realismo, sentido de la realidad, habrá que responder, sentido de la realidad que es una característica de las nuevas políticas públicas. Los castillos en el aire se vienen abajo, con grandes costes materiales y en medio de grandes frustraciones cuanto más portentosos hayan sido los castillos que quisimos construir. Porque uno de los fundamentos de cualquier proyecto vital -individual o colectivo-, no ciertamente el más importante, pero fundamento ineludible, es la viabilidad económica del proyecto. Y el Estado de Bienestar según la concepción de la socialdemocracia europea de hace unos años carecía de tal condición básica.

Afirmar que el Estado de Bienestar tal como lo concebía la socialdemocracia era inviable, afirmar que es necesaria la reforma de su estructura, que tal concepción presenta déficits insalvables en su mismo fundamento y articulación, no significa en absoluto anunciar que el bienestar es imposible o que debemos renunciar al bienestar. Hacerlo así supone enunciar una crítica roma, limitada y corta de las posiciones que expongo, y supone también, a mi juicio, instalarse en concepciones dogmáticas y consecuentemente maniqueas del Estado y de la sociedad. Equivaldría a afirmar que o el Estado de bienestar se establece conforme a una determinada fórmula -en este caso la socialista- o inevitablemente incumple su función.

Pues no es así. Denunciar el hecho comprobado de la inviabilidad del Estado de Bienestar, tal como se ha concebido históricamente por la socialdemocracia, reivindicar la necesidad y el proyecto político de las reformas necesarias, se hace en mi caso desde la convicción irrenunciable de que no sólo el bienestar público es posible, sino necesario, y no sólo necesario sino insuficiente en los parámetros en los que ahora se mide. Es decir, es necesario, -es de justicia-, que incrementemos los actuales niveles de bienestar -si se puede hablar así-, sobre todo para los sectores de población más desfavorecidos, más dependientes y más necesitados. Insisto, es una demanda irrefutable que nos hace el sentido más elemental de la justicia.

Sucede que no podemos caer de nuevo en la trampa en que cayeron los Estados providentes. Los sectores más desfavorecidos, los sectores más necesitados, son los más dependientes, y las prestaciones sociales del Estado no pueden contribuir a aumentar y agravar esa dependencia, convirtiendo, de hecho, a los ciudadanos en súbditos, en este caso del Estado, por muy impersonal que sea el soberano, o que tal vez por ser más impersonal y burocrático es más opresivo. En esta afirmación está implícita otra de las características de las nuevas políticas públicas: la finalidad de la acción política no es el bienestar, el bienestar es condición para la promoción de la libertad y participación de los ciudadanos, estas sí, auténticos fines de la acción política. Así el bienestar aparece como medio, y como tal medio, debe ser relativizado, puesto en relación al fin.

En efecto, el bienestar no sólo no está reñido con la austeridad, sino que no se puede ni concebir ni articular sin ella. Austeridad no puede entenderse como privación de lo necesario, sino como ajuste a lo necesario, y consecuentemente limitación de lo superfluo. Si no es posible realizar políticas austeras de bienestar no es posible implantar un bienestar social real, equitativo y progresivo, capaz de asumir -y para todos- las posibilidades cada vez de mayor alcance que las nuevas tecnologías ofrecen. Insisto en que austeridad no significa privación de lo necesario. Políticas de austeridad no significan por otra parte simplemente políticas de restricción presupuestaria. Políticas de austeridad significan, para mí, la implicación de los ciudadanos en el recorte de los gastos superfluos y en la reordenación del gasto. Sin la participación activa y consciente de una inmensa mayoría de los ciudadanos considero que es imposible la aproximación al Estado de bienestar social que todos -de una manera o de otra- anhelamos. Es necesaria por parte de la ciudadanía la asunción de la responsabilidad política en su conducta particular, para hacer posible la solidaridad, la participación, que es meta de la acción política.

En este sentido, las políticas austeras son compatibles con una expansión del gasto. Porque la expansión del gasto es necesaria, porque no son satisfactorios aún los niveles de solidaridad efectiva que hemos conseguido. Pero expandir el gasto sin racionalizarlo adecuadamente, sin mejorar las prioridades, sin satisfacer demandas justas y elementales de los consumidores, es hacer una contribución al despilfarro. Y

aquí no me detengo en una consideración moralista de la inconveniencia del gasto superfluo, sino que me permito reclamar y que se comprenda la tremenda injusticia que está implícita en el gasto superfluo o irracional cuando hay tantas necesidades perentorias sin atender todavía. El problema de la crisis actual, consecuencia de la irresponsabilidad de gobernantes y de la obsesión por el lucro de no pocos dirigentes financieros, impide, en este momento, salir de la austeridad. Pero tiempos vendrán, más pronto que tarde, en que volveremos a recuperar el paso.

## **2. La Centralidad del ciudadano**

Una de las cuestiones de mayor calado que tiene planteada las ciencias sociales se refiere al papel de los ciudadanos en el entramado político-social en que nos ha tocado vivir. Es verdad que en un sistema democrático el gobierno es del pueblo y se realiza para y por el pueblo. Siendo esta afirmación incontestable, la centralidad de la persona, del ser humano, del ciudadano es, pues, indudable.

En efecto, el poder público es de los ciudadanos. El titular de los poderes del Estado es el pueblo soberano, que encomienda a los actores públicos el ejercicio, la gestión, del poder, de forma y manera que quien lo administra en nombre de la comunidad debe permanentemente rendir cuentas de su ejercicio.

Los ciudadanos, pues, tienen una función bien relevante en la definición, análisis, implementación, ejecución y evaluación de las políticas públicas. Han dejado de ser sujetos inertes que pasivamente recibían servicios y prestaciones públicas. Ahora, en el Estado social y democrático de Derecho, deben ser protagonistas, sujetos activos, personas que participan en la determinación y configuración del interés general.

Una de las cuestiones que más preocupa a los profesores e investigadores de las ciencias sociales es, sin lugar a dudas, la fuerza y operatividad de las iniciativas civiles, el protagonismo de las personas en las nuevas políticas públicas. Así, se ha llamado la atención sobre el déficit de la presencia activa y potente de una ciudadanía reflexiva, dispuesta a hacer valer en todo momento la evidencia de que la única configuración justa de una sociedad es aquella que reconoce la relevancia pública de la libertad concertada de sus miembros. En este sentido, las profecías de TOCQUEVILLE sobre el llamado “despotismo blando” o sobre el sometimiento de las personas y comunidades solidarias a ese “inmenso poder tutelar” se han ido cumpliendo casi a la letra.

Colocar a las personas en el centro de la acción pública, conduce a una disposición de prestar servicios reales a los ciudadanos, de servir a sus intereses reales. En este sentido, el entendimiento con los diversos interlocutores es posible partiendo del supuesto de un objetivo común: libertad y participación.

La importancia de los logros concretos, los resultados constatables -sociales, culturales, económicos,..- en la actividad pública, no derivan de la importancia del éxito del agente público, sino de las necesidades reales de las personas que, viéndose satisfechas, permiten alcanzar una condición de vida que posibilita el acceso a una más plena condición humana.

Una más profunda libertad, una más genuina participación son el fruto de lo que se debe promover desde las instancias públicas. Porque no debemos olvidar que las cualidades de la persona no tienen un carácter absoluto. El hombre no es libre a priori, si se puede hablar así; la libertad de los hombres no se nos presenta como una condición preestablecida, como un postulado, sino que la libertad se conquista, se acrisola, se perfecciona en su ejercicio, en las opciones y en las acciones que cada hombre y cada mujer empieza y culmina.

Las recientes transformaciones en el orden conceptual, metodológico y práctico que están poniendo en tela de juicio muchas convicciones y formas de entender la realidad pública, ayudan a profundizar en uno de los pilares básicos del pensamiento democrático: la relación de los ciudadanos con el poder público.

Los Poderes públicos, las Administraciones públicas, son de los ciudadanos, de las personas, que deben tomar mayor conciencia de su posición central en el sistema político. Entonces, quienes trabajan en el sector público no son, ni más ni menos, que gestores de intereses ajenos que deben rendir cuentas periódicamente de su administración.

El ciudadano, la persona, es el centro del sistema, y, por ello, el poder público no debe ejercerse nunca desde la perspectiva de los privilegios o las prerrogativas, sino como un instrumento de servicio a la entera sociedad. La Constitución española de 1978 dispone en el artículo 103, como ya hemos adelantado, que la Administración pública sirve con objetividad los intereses generales.

El Estado social y democrático de Derecho otorga una posición jurídica a la persona, un estatus de ciudadano en sus relaciones con el Poder público. En efecto, ahora los ciudadanos ya no son sujetos inertes, simples receptores de bienes y servicios públicos; son protagonistas principales de los asuntos de interés general, hasta tal punto de que son los legítimos dueños del poder público y de sus estructuras y, por tanto, disponen de una serie de derechos, siendo el fundamental el derecho a una buena administración pública.

En este sentido, el Poder público en sus diferentes dimensiones territoriales y funcionales, está al servicio de la persona atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente. Esta es la clave del sistema democrático y, por ende, reclama la construcción de un nuevo estatuto del ciudadano en relación con el Poder

público en el que sus derechos estén reconocidos expresamente. A partir de ahí será más fácil que el propio ciudadano tome mayor conciencia de su posición central en el sistema y reclame y reivindique servicios públicos de calidad.

Los poderes del Estado derivan del consentimiento de los ciudadanos, que son sus titulares, debiéndose buscar un equilibrio entre dichos poderes como entre derechos y deberes de las personas. En su representación, legisladores, ejecutivos y jueces ejercen el poder que les corresponde. Como administradores y gestores de estos poderes del Estado, deben rendir cuenta permanentemente de su ejercicio ante toda la ciudadanía a través de los diferentes mecanismos que los Ordenamientos jurídicos nacionales establecen.

En el marco del complejo Gobierno-Administración pública, núcleo en el que se realiza la definición e implementación de las políticas públicas propias del Poder ejecutivo, ha ido cobrando especial relieve en los últimos tiempos la obligación de proceder a una buena administración pública, aquella que se dirige a la mejora integral de las condiciones de vida de las personas. La buena administración pública es, pues, una obligación inherente a los poderes públicos y se caracteriza sobremanera porque el quehacer público promueva los derechos fundamentales de las personas de forma que las actuaciones administrativas armonicen criterios de objetividad, imparcialidad, justicia y equidad y sean prestadas en un plazo razonable.

Desde la perspectiva de la centralidad del ser humano, principio y fin del Estado, el interés general debe estar administrado de tal forma que en su ejercicio las diferentes Administraciones públicas hagan posible el libre y solidario desarrollo de cada persona en sociedad. Es decir, hace a la condición de la persona, es inherente al ser humano, que el gobierno y la administración del interés general se realice en forma que sobresalga su dignidad y todos sus derechos fundamentales, tanto los individuales como los sociales.

### **3. Participación ciudadana**

La participación, una de las grandes directrices políticas de la arquitectura constitucional del Estado social y democrático de Derecho, está prevista en el artículo 9.2 de la Constitución española de 1978, que manda a los Poderes públicos facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

En un mundo en el que la exaltación del poder y del dinero ha superado todas las cotas posibles es menester recordar que la dignidad de todo ser humano, cualquiera que sea su situación, es la base del Estado de Derecho y, por ende, de las políticas públicas que se realizan en los modelos democráticos. La ausencia de la persona, del ciudadano, de las políticas públicas, explica que a pesar de tantas normas promotoras de esquemas de participación como se promulgan o se dictan, ésta se haya reducido

generalmente a un recurso retórico, demagógico, sin vida, sin presencia real, pues la legislación no produce mecánica y automáticamente la participación.

La participación no es sólo una consecuencia de entender el interés general en un Estado social y democrático de Derecho como un concepto que debe definirse a través de una acción concertada entre Poderes públicos y agentes sociales. Significa, además de un objetivo político sentado en la Constitución, un método de trabajo social dirigido a que los asuntos de interés general estén transidos de presencia social en todas sus dimensiones y aspectos. La políticas públicas democráticas deben colocar en el centro de su elaboración, implementación, ejecución y evaluación, a las personas destinatarias de dichas actuaciones del poder público.

En sentido negativo, las políticas públicas democráticas no pueden atender tan sólo los intereses de un sector, de un grupo, de un segmento social, económico o institucional, ya que una condición básica de estas políticas públicas es el equilibrio, entendiendo por tal, la atención a los intereses de todos y cada uno de los ciudadanos en cuantos miembros de la comunidad. Atender públicamente el interés de algunos, aunque se trate de grupos mayoritarios, significa prescindir de otros, y consecuentemente practicar un exclusivismo que es ajeno al entendimiento democrático de la participación.

La determinación de los objetivos de las políticas públicas no puede hacerse realmente si no es desde la participación ciudadana. La participación ciudadana se configura, pues, como un objetivo público de primer orden, ya que constituye la esencia misma de la democracia. Una actuación política que no persiga, que no procure un grado más alto de participación ciudadana, no contribuye al enriquecimiento de la vida democrática y se hace, por lo tanto, en detrimento de los mismos ciudadanos a los que se pretende servir. Pero la participación no se formula solamente como objetivo, sino que las exige la práctica de la participación como método.

En efecto, tratar la participación como método es hablar de la apertura de la organización pública que la quiere practicar, hacia la sociedad. Una organización pública cerrada, vuelta sobre sí misma, no puede pretender captar, representar o servir los intereses propios de la ciudadanía, de las personas a que debe atender objetivamente. La primera condición de esa apertura es una actitud, una disposición, alejada de la suficiencia y de la prepotencia, propias tanto de las formulaciones propias de las ideologías cerradas como de las tecnocráticas o burocratizadas. Pero las actitudes y las disposiciones necesitan instrumentarse, traducirse en procesos y en instrumentos que las hagan reales. Y la primera instrumentación que exige una disposición abierta es la comunicativa, la comunicación.

Las reformas en esta materia deben traducirse en estar receptivos, tener la sensibilidad suficiente para captar las preocupaciones e intereses de la sociedad en sus diversos sectores y grupos, en los individuos y colectividades que la integran. Pero no se



trata simplemente de apreciaciones globales, de percepciones intuitivas, ni siquiera simplemente de estudios o conclusiones sociométricas. Todos esos elementos y otros posibles son recomendables y hasta precisos, pero la conexión real con los ciudadanos, con los vecinos, con las personas, exige diálogo real. Y diálogo real significa interlocutores reales, concretos, que son los que encarnan las preocupaciones y las ilusiones concretas, las reales.

En la libre participación de los ciudadanos en los asuntos de interés general se encuentra un elemento central de la vida individual y social de los hombres y de las mujeres, un elemento que contribuye a definir y realizar los objetivos del Estado social y democrático de Derecho. La participación, en efecto, supone el reconocimiento de la dimensión social de la persona, la constatación de que sus intereses, sus aspiraciones, sus preocupaciones trascienden el ámbito individual o familiar y se extienden a toda la sociedad en su conjunto.

Frente a la participación como un absoluto, tal como se pretende desde algunas concepciones organicistas de la sociedad, la participación en un Estado social y democrático de Derecho debe ser libre. La referencia a la libertad remite a una condición irrenunciable de su participación, su carácter libre, pues sin libertad no hay participación. La participación no es un suceso, ni un proceso mecánico, ni una fórmula para la organización de la vida social. La participación, aunque sea también todo eso, es más: significa la integración del individuo en la vida social, la dimensión activa de su presencia en la sociedad, la posibilidad de desarrollo de las dimensiones sociales del individuo, el protagonismo singularizado de todos los hombres y mujeres.

La crisis a la que hoy asisten las democracias, o más genéricamente nuestras sociedades, en las que se habla a veces de una insatisfacción incluso profunda ante el distanciamiento que se produce entre lo que se llama vida oficial y vida real, manifestada en síntomas variados, exige una regeneración permanente de la vida democrática porque ésta significa ante todo, la acción y el protagonismo de los ciudadanos, la participación.

Sin embargo, frente a la perspectiva de la participación centrada exclusivamente en los mecanismos políticos de decisión, debe ser entendida de un modo más general, como protagonismo civil de los ciudadanos, como participación cívica, como participación ciudadana.

#### **4. Transparencia y acceso a la información**

La transparencia en los Gobiernos y Administraciones públicas es, desde luego, uno de los principales desafíos del buen gobierno y de la buena administración. Por una parte, porque la transparencia es una exigencia de calidad democrática y, por otra, porque el derecho fundamental ciudadano a una buena administración incluye

expresamente el derecho de los ciudadanos a que Gobiernos y Administraciones públicas, estatales, autonómicos y locales, sean transparentes en su actividad y en la forma en que implementan las políticas públicas.

En democracia, los poderes del Estado residen en el pueblo y se realizan por y para el pueblo. El pueblo es el soberano y encomienda la gestión y administración de lo público a unos representantes que tienen la obligación de dar cuentas de su gestión y administración a la ciudadanía en forma constante, transparente y argumentada. El gobierno y la administración del espacio público deben servir con objetividad el interés general promoviendo las condiciones precisas para el libre y solidario ejercicio de los derechos fundamentales por parte de todas las personas.

La transparencia es, debe ser, un hábito propio que ha de presidir la actuación de los diferentes Entes públicos y, por ello, de las personas físicas que en ellos laboran. También, por supuesto, debe regir la actuación de todas las organizaciones e instituciones que realizan actividades de interés general o que utilicen o manejen fondos públicos en sus actividades. Por una razón bien sencilla: como el pueblo es el dueño y señor, el soberano, de los fondos públicos, es lógico que todos los organismos y organizaciones que administren estos recursos, sean Administraciones, partidos, sindicatos, patronales o, entre otros, ONGs, concesionarios de servicios públicos o cualesquiera otra forma de organización que reciba dinero público, se rijan por la publicidad y la concurrencia en materia contractual, y por el mérito y la capacidad en la selección de personal.

Efectivamente, los fondos públicos requieren, por su propia naturaleza, uso transparente y publicidad. Por eso, los procesos de selección de personal que se realizan siempre que hay fondos públicos de por medio, han de estar regidos por los principios de mérito y capacidad. Igualmente, cuándo se trata de contratar bienes o servicios, el carácter público de esos fondos, reclama siempre publicidad y concurrencia.

En el mismo sentido, las instituciones que realizan tareas de interés general también deben guiar su actuación en materia de personal y de contratos a estos criterios. No hacerlo así, encastillarse en la oscuridad y en la opacidad, no es más que una manifestación de arbitrariedad incompatible con los postulados del Estado de Derecho. Tiempo atrás John LOCKE enseñó que en toda manifestación de arbitrariedad hay siempre irracionalidad, subjetividad, propiedades del absolutismo bien opuestas a lo que debe ser el régimen y funcionamiento de los gobiernos y administraciones públicas de un Estado social y democrático de Derecho.

En este contexto, la transparencia y el acceso a la información de interés general deben ser gestionados o administrados por un órgano colegiado de naturaleza plural, en el que estén representados los Poderes públicos así como la sociedad civil. Es lógico que así sea porque el pluralismo es también una cualidad democrática que

debe estar presente en todas aquellas cuestiones que afectan a la rectoría de asuntos de tanta envergadura como la gestión de la transparencia o del interés general.

La actual ley española de transparencia, de diciembre de 2013 se dirige, según lo dispuesto en su artículo 1, a ampliar y reforzar la transparencia de la actividad pública y a reconocer y garantizar el derecho a la información. Ampliar significa que la luz y los taquígrafos tengan más potencia e intensidad: abrir a la transparencia a actividades hasta ahora oscuras u opacas. Y reforzar alude a hacer más fuerte e intensa la obligación de los Entes públicos de mostrar a la ciudadanía cómo y de qué forma se gestiona lo que es del común.

El derecho fundamental de todo ciudadano europeo a la buena Administración, recogido en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de diciembre de 2000 fue formulado para salir al paso, para reaccionar frente a la denominada, por el Defensor del Pueblo Europeo, mala administración pública. Mala administración que viene caracterizando desde hace unos años a numerosas administraciones y gobiernos del área europea y que mucho tiene que ver con la escasa transparencia y publicidad reinante al interior de tantas instituciones y organismos públicos en el espacio europeo.

La conformación como derecho fundamental de la buena administración pública es una relevante manera de subrayar el papel central del ciudadano en todo lo referente al manejo y conducción de los asuntos relativos al interés general. Tal derecho es configurado por la Carta Europea en atención a la equidad, a la imparcialidad a la responsabilidad, a la transparencia y al plazo razonable en la resolución de los expedientes. Por tanto, la administración parcial, inequitativa, opaca, irresponsable y lenta es, a tenor de lo consignado en este precepto de la Carta, mala administración.

Transparencia Internacional (TI) acaba de publicar el informe mundial sobre la percepción de la corrupción correspondiente a 2014. España, se mantiene en el puesto 37 de entre 175 países. En Europa nos superan Grecia e Italia y si se hiciera un ranking de los 30 países europeos, ocuparíamos el lugar 19. Encabeza el ranking general Dinamarca, y la siguen Nueva Zelanda, Finlandia, Suecia, Noruega y Singapur. A la cola de nuevo Eritrea, Libia, Uzbekistan, Irak, Corea del Norte, Sudán, Afganistán, y Somalia.

El acceso del pueblo, de todos y cada uno de los ciudadanos, a los asuntos de interés general, constituye una de las manifestaciones más relevantes de la centralidad que la persona humana tiene en el sistema democrático. Además, en estos casos, nos hallamos ante un derecho subjetivo, de gran relieve, a obtener información en relación con los asuntos de interés general. En realidad, este derecho fundamental es un corolario necesario del principio básico de la democracia: el poder es del pueblo, los ciudadanos son sus titulares. Los poderes públicos, desde este punto de vista, no

son más, ni menos, que instituciones de la comunidad a la que han de rendir cuentas periódicamente de forma argumentada y razonada.

## **5. El Gobierno abierto**

Uno de los aspectos centrales de la reforma y modernización del Gobierno y de la Administración pública en nuestros días se refiere, como es bien conocido, al gobierno en red, al gobierno abierto, al gobierno y a la administración transparente. Una forma de gobierno y administración pública en la que las nuevas tecnologías permiten subrayar la centralidad del ciudadano en las políticas públicas. En efecto, en casi todos los países desarrollados se han acometido, con distinta suerte, procesos de implantación de las nuevas tecnologías en el marco de las nuevas políticas públicas a implantar.

Tal y como se define en el Memorándum del Presidente OBAMA de 21 de enero de 2009 sobre transparencia y el gobierno en red, tal forma de entender la función gubernamental ha de estar caracterizada por el aseguramiento de la confianza pública a partir de un sistema de transparencia, participación pública y colaboración. Por tanto, los tres principios del gobierno abierto son la transparencia, la colaboración horizontal y vertical y la participación pública en el diseño y ejecución de las políticas públicas.

El gobierno abierto, señala GARCÍA MEXÍA, tiene un objetivo esencial y dos objetivos básicos. El objetivo esencial es la apertura del gobierno y de la administración pública. Deben abrirse a la sociedad, a los ciudadanos, a las empresas y a las organizaciones en general. El primer objetivo básico es de orden político: fortalecer la democracia y el segundo de naturaleza administrativa, promover la eficacia y la eficiencia en las tareas de naturaleza ejecutiva o administrativa.

El gobierno abierto es consecuencia del eGovernment o gobierno electrónico. Es decir, es una proyección de la irrupción de Internet como red de redes en la sociedades occidentales a mediados de los noventa del siglo pasado, una irrupción, como señala GARCIA MEXIA, que al ocupar todas las facetas de la vida humana, no podía dejar de tener reflejo en la esfera pública.

En Europa el Gobierno y la Administración electrónica empezaron a plantearse a partir de tres relevantes documentos. El primero, el informe Bangemann (Europa y la sociedad global de la información), de 1994, que subraya por encima de todo los ahorros en costes de esta forma de realizar el gobierno y la administración pública. El segundo y tercero son las Recomendaciones del Consejo de Europa de 15 de diciembre de 1994 y de 30 de septiembre también de 1994. La de 15 de diciembre se refiere a la gobernanza electrónica y la de 30 de septiembre a los estándares legales, procedimentales y técnicos de los sistemas de votación electrónica. Más adelante, el 18 de febrero de 2009, la Recomendación del Consejo de Europa sobre democracia

electrónica da un paso más hacia una más abierta forma de gobierno y gestión democrática.

Estos documentos, junto a las iniciativas europeas e-Europe 2002, e-Europe 2005 y estrategia i2010, nos conducen a la Agenda Digital para Europa 2010 en la que la Comisión Europea propone una serie de orientaciones estratégicas sobre administración electrónica, encabezadas por la necesidad de desarrollar y desplegar servicios públicos transfronterizos en línea.

En España estas consideraciones se concretan en la Agenda Digital para España 2013 que propone una mejora de la administración electrónica y de los servicios públicos digitales. Según el United Nations E-Government España ocupa en materia de gobierno electrónico el puesto 23 de entre 193 Estados y es uno de los tres líderes emergentes junto a Austria e Islandia.

El gobierno abierto, afirma GARCÍA MEXÍA, constituye un estadio de la evolución natural del gobierno electrónico aunque realmente, además de estar conectado al eGovernment, esta forma de concebir el gobierno y la administración pública está más cercana a las modernas concepciones del buen gobierno y de la buena administración, que además de una obligación inherente a los Poderes públicos, son también un principio de organización y actuación pública y, sobre todo, un derecho fundamental de los ciudadanos.

El eGovernment es consecuencia de los procesos de reforma y modernización del Estado de finales del siglo pasado presididos por la globalización y la tecnificación a partir de cuatro estrategias: financieras (menores costes), de crecimiento (mejores servicios), de eficiencia (optimizar procesos) y de proximidad al ciudadano.

Otra perspectiva del eGovernment sería la de constituir un medio para una buena gobernanza, un gobierno caracterizado por la transparencia, la participación y la rendición de cuentas. El gobierno abierto, tal y como ha señalado GARCÍA MEXÍA, se ha convertido en una especie de “mecanismo-puente” entre la dimensión ética de la función pública y las nuevas tecnologías en el desarrollo de las tareas del gobierno y la administración pública. Ética y nuevas tecnologías son dos dimensiones del gobierno y la administración pública que deben ir inseparablemente unidas para que se pueda hablar con propiedad de gobierno abierto. Las TICs se justifican en este campo en la medida en que abran el gobierno y la administración a los ciudadanos de manera que éstos se consideren los auténticos soberanos del sistema político. Entonces, la accesibilidad y la transparencia facilitan la democracia entendida como el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo. A partir de ahí surge una mayor participación y entonces se comprende en su pleno sentido que el interés general no debe ser definido unilateralmente por el gobierno o la administración pública sino a través de inteligentes alianzas entre Poder público y agentes sociales.

En la medida en que el Gobierno y la Administración pública se asientan sobre la ética y las nuevas tecnologías, entonces, en expresión inglesa, el gobierno abierto forma parte del paisaje constitucional y puede ser asumido por todos, ya sean gobiernos, ciudadanos, o empresas u organizaciones de un color o de otro. Este es el principal sentido del gobierno abierto en la tradición del gobierno electrónico y los valores que componen la dimensión ética de la función y el servicio público.

La transparencia se concreta en la apertura de datos e información en manos del poder público gracias al empleo de Internet y las TIC (Open data). La participación se materializa en herramientas y en democracia electrónica a través de las redes sociales y otros mecanismos 2.0, así como en asambleas y encuentros off-line con los propios ciudadanos. Y la colaboración se proyecta en sitios web donde los ciudadanos aportan sus conocimientos para la elaboración de políticas públicas.

El Open data constituye el mecanismo de menor interacción pues el ciudadano se limita a recibir las informaciones suministradas por el poder público. La participación, por su parte, incrementa la interacción con el ciudadano, a quien se solicitan decisiones (votación electrónica) y opiniones (redes sociales o foros off-line). La colaboración incrementa el compromiso cívico pues en este caso el ciudadano en este caso aporta el propio conocimiento como bagaje personal.

## **6. La buena administración orientada al bien común**

La buena Administración pública es un derecho de los ciudadanos a que los Poderes públicos sin excepción resuelvan los asuntos de interés general de forma justa, equitativa, objetiva y en plazo razonable promoviendo constantemente la dignidad humana. Además, es una obligación inherente a la esencia de los Poderes públicos y un principio de actuación administrativa. Los ciudadanos, pues, tienen derecho a exigir tales características de objetividad, imparcialidad, justicia, equidad y resolución en plazo razonable en el funcionamiento y actividad de todas las Administraciones públicas determinados patrones o estándares de calidad en el funcionamiento de la Administración.

El derecho, principio, y obligación de la buena Administración pública vincula la forma en que se deben dirigir las instituciones públicas en una democracia avanzada. Dirigir en el marco de la buena Administración pública supone asumir que la Administración pública, existe y se justifica, en la medida en que ésta, como dispone el artículo 103 de nuestra Constitución, sirve objetivamente al interés general.

Las instituciones públicas en la democracia no son de propiedad de sus dirigentes, son del pueblo que es el titular de la soberanía. El responsable público tiene que saber, y practicar en consecuencia, que la buena Administración pública le obliga a rendir cuentas continuamente a la ciudadanía y a que la búsqueda de la calidad en el servicio público presida toda su actuación.

El artículo 41 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales, aprobada en Niza en diciembre de 2000, de aplicación en España por virtud del Tratado de Lisboa de diciembre de 2007, constituye un precipitado de diferentes derechos ciudadanos, nada menos que de rango fundamental, que a lo largo del tiempo y a lo largo de los diferentes Ordenamientos han caracterizado la posición central que hoy tiene la ciudadanía en todo lo que se refiere al Derecho Administrativo. Hoy, en el siglo XXI, el ciudadano ya no es un sujeto inerte que simplemente recibe bienes y servicios públicos, sino que debe participar en la determinación del interés general, que ya no define unilateralmente la Administración pública pues como dice el Tribunal Constitucional en una sentencia de 7 de febrero de 1984, éste se define a través de una acción intercomunicada entre Poderes públicos y agentes sociales.

El citado artículo 41 de la Carta Europea dispone que:

- “1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.
2. Este derecho incluye en particular:
  - el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente.
  - el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto a los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial.
  - la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones.
3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.
4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua”.

Los ciudadanos europeos tenemos un derecho fundamental a que los asuntos públicos se traten imparcialmente, equitativamente y en un tiempo razonable. Es decir, las instituciones comunitarias han de resolver los asuntos públicos objetivamente, han de procurar ser justas –equitativas- y, finalmente, han de tomar sus decisiones en tiempo razonable. En otras palabras, no cabe la subjetividad, no es posible la injusticia y no se puede caer en la dilación indebida para resolver.

La referencia la razonabilidad del plazo para resolver incorpora un elemento esencial: el tiempo. Si una resolución es imparcial, equitativa, pero se dicta con mucho retraso, es posible que no tenga sentido, que sea inútil. El poder público se mueve en las coordenadas del espacio y del tiempo y éste, el tiempo, es un elemento esencial. La razonabilidad se refiere al plazo de tiempo en el que la resolución pueda ser eficaz de manera que no se dilapide el legítimo derecho del ciudadano a que su petición, por ejemplo, se conteste en un plazo en que ya no sirva para nada.

El derecho a la buena administración es un derecho fundamental de todo ciudadano comunitario a que las resoluciones que dicten las instituciones europeas sean imparciales, equitativas y razonables en cuanto al fondo y al momento en que se produzcan. Dicho derecho según el citado artículo 41 incorpora, a su vez, cuatro derechos.

El primero se refiere al derecho a que todo ciudadano comunitario tiene a ser oído antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente. Se trata de un derecho que está reconocido en la generalidad de las legislaciones administrativas de los Estados miembros como consecuencia de la naturaleza contradictoria que tienen los procedimientos administrativos en general, y en especial los procedimientos administrativos sancionadores o aquellos procedimientos administrativos de limitación de derechos. Es, por ello, un componente del derecho a la buena administración que el Derecho Comunitario toma del Derecho Administrativo Interno.

El segundo derecho derivado de este derecho fundamental a la buena administración se refiere, de acuerdo con el párrafo segundo del citado artículo 41 de la Europea de Derechos Fundamentales, al derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial. Nos encontramos, de nuevo, con otro derecho de los ciudadanos en los procedimientos administrativos generales. En el Derecho Administrativo Español, por ejemplo, este derecho al acceso al expediente está recogido dentro del catálogo de derechos que establece el artículo 35 de la ley del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común de noviembre de 1992. Se trata, de un derecho subjetivo lógico y razonable que también se deriva de la condición que tiene la Administración pública, también la comunitaria, de estar al servicio objetivo de los intereses generales, lo que implica, también, que en aras de la objetividad y transparencia, los ciudadanos podamos consultar los expedientes administrativos que nos afecten. Claro está, existen límites derivados del derecho a la intimidad de otras personas así como del secreto profesional y comercial o de la seguridad pública, excepciones que habrán de interpretarse restrictivamente.

El tercer derecho que incluye el derecho fundamental a la buena administración



es el derecho de los ciudadanos a que las decisiones administrativas de la Unión europea sean motivadas. Llama la atención que este derecho se refiere a todas las resoluciones europeas sin excepción. Que todas las decisiones de las Autoridades de la Unión Europea sean motivadas es la consecuencia de que el ejercicio del poder en las democracias debe ser argumentado, razonado, motivado por la sencilla razón de que el poder público debe realizarse de forma objetiva. El poder que se basa en la razón es legítimo. El que no se justifica es sencillamente arbitrario. Por eso todas las manifestaciones del poder público deben motivarse. La intensidad de la justificación dependerá de la naturaleza de los actos de poder. Si son reglados la motivación será menor. Pero si son discrecionales, la exigencia de motivación será mayor. Es tan importante la motivación de las resoluciones públicas que bien puede afirmarse que la temperatura democrática de una Administración es proporcional a la intensidad de la motivación de los actos y normas administrativas.

En una sentencia de 15 de octubre de 2010, el Tribunal Supremo del Reino de España precisa el alcance de la motivación que exige nuestra Constitución señalando que tal operación jurídica “se traduce en la exigencia de que los actos administrativos contengan una referencia específica y concreta de los hechos y los fundamentos de derecho que para el órgano administrativo que dicta la resolución han sido relevantes, que permita reconocer al administrado la razón fáctica y jurídica de la decisión administrativa, posibilitando el control judicial por los tribunales de lo contencioso administrativo”. Además, tal obligación de la Administración “se engarza en el derecho de los ciudadanos a una buena administración, que es consustancial a las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros de la Unión Europea, que ha logrado refrendo normativo como derecho fundamental en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada por el Consejo de Niza de 8/10 de diciembre de 2000, al enunciar que este derecho incluye en particular la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones”.

En el apartado tercero del precepto se reconoce el derecho a la reparación de los daños ocasionados por la actuación u omisión de las instituciones comunitarias de acuerdo con los principios comunes generales a los Derechos de los Estados miembros. La obligación de indemnizar en los supuestos de responsabilidad contractual y extracontractual de la Administración está, pues, recogida en la Carta. Lógicamente, el correlato es el derecho a la consiguiente reparación cuándo las instituciones comunitarias incurran en responsabilidad. La peculiaridad del reconocimiento de este derecho, también fundamental, derivado del fundamental a la buena administración, reside en que el régimen de funcionalidad de este derecho se establecerá desde los principios generales de la responsabilidad administrativa en Derecho Comunitario.

El apartado cuarto dispone que toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa lengua.

## 7. La dimensión ética de la función pública

La referencia ética de la función pública es una característica del quehacer público de especial relevancia. Los postulados de la recta razón, el deber especialmente, conforma la dimensión ética, también en la función pública. El ethos de la Administración pública española está presente en el artículo 103 de la Constitución cuando dispone que la Administración pública sirve con objetividad los intereses generales.

La Ética parte de la dignidad de la persona y aspira a que podamos vivir, todos los seres humanos, una vida auténticamente humana, también quienes trabajan al servicio de las Administraciones públicas. Desde muchos espacios se viene postulando la necesidad de una regeneración ética porque, como decía ORTEGA Y GASSET, una sociedad desmoralizada es aquella a la que falta el ánimo, el tono vital necesario para enfrentarse con gallardía a los retos que se presentan y, por el contrario, una sociedad sana es aquella a la que sobran arrestos para desafiar el destino respondiendo además con sensibilidad humana.

En los últimos tiempos, especialmente en este contexto de crisis, la Ética se ha puesto de moda, de palpitante y rabiosa actualidad. Los políticos y administradores promueven normas anticorrupción, los bancos impulsan Códigos éticos, los colegios profesionales refuerzan sus Comisiones Deontológicas; hasta los periodistas han tratado de los límites del derecho a la información... Es verdad, de un tiempo a esta parte la cuestión de la Ética concentra ríos de tinta en las redacciones de los medios de comunicación, escritos y tantas y tantas palabras en los noticiarios de las televisiones. Sin embargo, la percepción social no parece inclinarse hacia la existencia, sobre todo en los dirigentes públicos, de una mayor sensibilidad ética. Se habla, se debate, se conferencia, se diserta, se escribe pero, ¿ se practica ?. Este es el gran tema porque, a la larga, lo que interesa, sobre todo, es que la Ética resplandezca en la vida de los seres humanos, sobre todo de quienes trabajan al servicio de las Administraciones públicas.

La Ética se apoya en la distinción entre lo que se puede hacer y lo que se debe hacer, porque, es un principio básico, no todo lo posible es ético, no todo lo que se puede hacer se debe hacer. Más bien se, debe hacer todo aquello, en el ámbito de la rectoría y dirección de los asuntos públicos, que implique promoción de los derechos de la persona, todo lo que traiga consigo el fortalecimiento de los valores democráticos, todo lo que suponga, en una palabra, seguir correcta y adecuadamente los dictados del servicio objetivo al interés general.

En este marco, han surgido estudios y análisis científicos sobre la Ética Pública porque se percibe su necesidad y porque los ciudadanos exigen cada vez servicios de responsabilidad pública de mayor calidad, más universales, de más calidad y más asequibles. Asimismo, los ciudadanos esperan un trato más adecuado de los servicios

públicos en los que brille con luz propia la vocación de servicio que debe ser señal indeleble del funcionamiento y actividad de todos los servicios y, sobre todo, de las personas que en ellos laboran.

El renacimiento del interés por la ética se produjo concretamente en el mundo de los negocios y de la empresa privada hace tres o cuatro décadas, teniendo como resultado el desarrollo, es cierto que todavía no muy logrado, de nuevas sensibilidades sociales en las empresas que trascienden de lo puramente económico. La aplicación de esta reflexión ética a la Administración Pública es mucho más tardía, habiéndose fijado su nacimiento en 1978, fecha de publicación del primer libro sobre el tema (“Ethics for bureaucrats” de John ROHR).

La Administración Pública del Estado social y democrático de Derecho es una organización que debe distinguirse por los principios de juridicidad, de eficacia y de servicio. Juridicidad porque el procedimiento administrativo no es otra cosa que un camino pensado para salvaguardar los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos. Eficacia porque hoy es perfectamente exigible a la organización administrativa que ofrezca productos y servicios públicos de calidad. Y servicio, sobre todo, porque no se puede olvidar que la justificación de la existencia de la Administración se encuentra en el servicio a los intereses colectivos, en el servicio del bien común. Por eso, una de las asignaturas pendientes de la Administración pública de nuestro tiempo es la recuperación de la idea de servicio y, eso sí, la necesaria profesionalización de la Administración pública que, en cualquier caso, ha de estar, no sólo abierta a la sociedad, sino pendiente ante las demandas colectivas para ofrecer servicios públicos de calidad.

La Ética pública estudia el comportamiento del personal al servicio de las Administraciones públicas en orden a la finalidad del servicio público que le es inherente. Es la Ciencia que trata de la moralidad de los actos humanos en cuanto realizados por personal al servicio de las Administraciones públicas. La Ética pública es, como la Ética en sí misma, una ciencia práctica. Es ciencia porque el estudio de la Ética para la Administración pública incluye principios generales y universales sobre la moralidad de los actos humanos realizados por las personas al servicio de las Administraciones públicas. Y es práctica porque se ocupa fundamentalmente de la conducta libre del hombre que desempeña una función pública, proporcionándole las normas y criterios necesarios para actuar bien.

En un Estado social y democrático de Derecho, la Administración ya no es dueña del interés general sino que está llamada a articular una adecuada intercomunicación con los agentes sociales para definir las políticas públicas. Desde esta perspectiva puede entenderse mejor la función promocional de los poderes públicos, cuya misión es crear un ambiente en el que los ciudadanos puedan ejercer sus derechos fundamentales y colaborar con la propia Administración en la gestión de los intereses públicos. En este

contexto, el aparato público debe ofrecer servicios de calidad y promocionar los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Los principios de la Ética pública deben ser positivos y capaces de atraer al servicio público a personas con vocación para gestionar lo del común, lo de todos. He aquí algunos de ellos.

En primer lugar, los procesos selectivos para el ingreso en la función pública deben estar anclados en el principio del mérito y la capacidad. Y no sólo el ingreso sino la carrera administrativa.

En segundo lugar, la formación continuada que se debe proporcionar al personal al servicio de las Administraciones públicas ha de ir dirigida a transmitir la idea de que el trabajo al servicio del sector público debe realizarse adecuadamente pues se la Constitución exige que las actuaciones de las Administraciones públicas se sometan al servicio objetivo del interés general.

En tercer lugar, la llamada gestión de personal y las relaciones humanas en la Administración pública deben estar presididas por una buena educación. El clima y el ambiente laboral han de ser positivos y el personal al servicio de las Administraciones públicas debe esforzarse por vivir cotidianamente ese espíritu de servicio a la colectividad que justifica la propia existencia de la Administración pública.

En cuarto lugar, la actitud de servicio objetivo al interés general debe ser el elemento más importante de esta cultura administrativa. La mentalidad y el talante de servicio se encuentran en la raíz de todas las consideraciones sobre la Ética Pública y explica, por sí mismo, la importancia del trabajo administrativo.

En quinto lugar, debe destacarse que constituye un importante valor deontológico potenciar el sano orgullo que trae consigo la identificación del personal con los fines del organismo público en el que trabaja. Se trata de la lealtad institucional, que constituye un elemento capital y una obligación central de una gestión pública que aspira al mantenimiento de comportamientos éticos.

En sexto lugar, conviene señalar que la formación en Ética pública debe ser un ingrediente imprescindible en los Planes de Formación para funcionarios públicos. Además, deben buscarse fórmulas educativas que hagan posible que esta disciplina se imparta en los programas docentes previos al acceso a la función pública. Y, por supuesto, debe estar presente en la formación continua del personal al servicio de las Administraciones públicas.

En séptimo lugar, el personal al servicio de la Administración pública debe tender a trabajar de acuerdo con las fórmulas más eficientes y económicas, siempre en un contexto de servicio y equidad, para llevar a cabo su tarea.

En octavo lugar, la actuación pública debe estar guiada por los principios de igualdad y no discriminación.

En noveno lugar, el personal debe actuar siempre como servidor público y no debe transmitir información privilegiada o confidencial.

En décimo y último lugar, el interés general en el Estado social y democrático de Derecho se encuentra en facilitar a los ciudadanos un conjunto de condiciones que haga posible el ejercicio de la libertad solidaria y les permitan un ejercicio efectivo de todos sus derechos fundamentales. Por tanto, los funcionarios deben ser conscientes de esa función promocional de los poderes públicos y actuar en consecuencia.

## **8. Reflexión conclusiva**

La democracia ha vencido, la que tenemos es la única democracia real que se ha realizado sobre la tierra: la democracia liberal. Estas palabras de Giovanni SARTORI nos ayudan a entender el sentido de los principios sobre los que asienta la democracia liberal: separación de poderes, reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona y primacía del principio de legalidad. La separación de poderes hoy se ha convertido, en tantos países, en una quimera, en un sueño, debido a que la preponderancia de los partidos ha terminado por impedir que cada poder cumpla autónomamente su función. El reconocimiento de los derechos fundamentales también es desconocido cuándo se impide la igualdad de todos ante la ley pues los fuertes se la saltan con frecuencia mientras a los débiles e inocentes se les aplica rigurosamente. Y no digamos el principio de legalidad, conculcado cuándo al poder dominante no le viene bien alguno de los preceptos de la ley o de la Constitución; entonces, en ejercicio del uso alternativo del mando, se viola sin más, arrumbando cientos de años de lucha por racionalizar y limitar aquel absolutismo y autoritarismo entonces tan denostado, que hoy, siquiera sea sutilmente, vuelve a asomar desde dentro del sistema.

Alain TOURAINE definió la democracia como el conjunto de garantías institucionales que permiten combinar la unidad de la razón instrumental con la diversidad de las minorías. Ahora bien, es probable que la razón iluminada por la justicia, expresión real de la democracia, no entienda bien la dictadura de las minorías a que nos está conduciendo la forma de permanecer en el poder a cualquier precio que caracteriza a nuestros actuales dirigentes.

Los ciudadanos queremos que se trabaje por el entendimiento y que los dirigentes tengan la grandeza y la altura de miras suficiente para mirar al futuro con ilusión. Si así no lo hacen, el pueblo, cuándo toque, actuará en consecuencia. Porque, como escribió G.W. SAHW, la democracia es el proceso que garantiza que no seamos gobernados mejor de lo que nos merecemos.

En este contexto, es menester abrir la democracia a la vitalidad del pueblo, despejando esos siniestros vericuetos por los que aspiran a transitar tantos especialistas de un interés general que sigue contemplándose como algo cerrado y estático. Como algo de la propiedad de los dirigentes cuando en realidad el verdadero dueño y señor del espacio público es el pueblo. Así de claro.

Seguramente, una de las cuestiones que más preocupa a los teóricos de la política es la incidencia del mercado o del Estado, en la democracia. El Estado abierto y plural al que aspiramos va quedando atrás mientras se nos gobierna, cada vez más perceptiblemente, desde esquemas de pensamiento único alejados de las preocupaciones reales de la ciudadanía en un intento, suave en las formas pero radical en su contenido, de un nuevo intervencionismo que busca el control social y la perpetuación en el poder.

Por lo que se refiere al mercado, tendríamos que empezar reconociendo que es fundamental la existencia de posibilidades de elección lo que, al menos teóricamente, garantiza un sistema de intercambios voluntarios. El problema es que el mercado no es la fuente de los derechos ni esa panacea que todo lo resuelve. Es, como acaba de señalar Amartya SEN, una institución más entre un buen puñado de ellas, importante, por supuesto, pero ni la única institución relevante ni, por supuesto, la más importante. En este contexto, hemos de tener presente la aspiración a la democracia global que supone, entre otras cosas, la existencia de espacios mundiales de deliberación pública en los que a través de la racionalidad se pueda influir para que las versiones del pensamiento único, tanto del mercado como del Estado, den paso a perspectivas más plurales y más solidarias.

Promover el razonamiento público crítico es cada vez más relevante si es que de verdad queremos que las decisiones políticas y económicas sean cada vez más justas y solidarias. Es más, gracias a la emergencia de nuevas formas de reflexión y de pensamiento abierto y crítico orientadas a fortalecer la democracia, instituciones multilaterales del orden internacional han debido ir, poco a poco, modificando alguna de sus políticas económicas, lo que años atrás era, sencillamente, impensable.

La libertad de prensa juega un gran papel en la creación de un espacio abierto y libre de deliberación pública a nivel mundial. Junto a ella, las nuevas posibilidades que hoy ofrecen las nuevas tecnologías, están propiciando un escenario para el debate en numerosas weblog, que permiten aflorar opiniones y puntos de vista que no tienen acceso a los medios tradicionales de comunicación, quizás por no someterse a los dictados del pensamiento único, al pensamiento política y eficazmente correcto.

Hoy cada vez está más cerca la posibilidad de que todas las personas que quieran contribuir a que la globalización sea más justa y equitativa, puedan hacerlo. La clave está en que los que toman las decisiones sean más partidarios del pensamiento plural,

abierto y compatible y estén menos presos de esa obsesión por el dinero, el poder, el placer o la notoriedad. Tres locomotoras en las que hoy se han instalado decenas de miles de personas que se han olvidado del pensamiento abierto, del pensamiento crítico, y, sobre todo, del sentido y finalidad de la política: mejorar las condiciones de vida de las personas y fomentar el libre y solidario desarrollo de cada uno de los derechos fundamentales.

## 9. Bibliografía

- ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Medina y Navarro editores, Madrid, 1873.
- C.J. BONNIN, *Principios de Administración pública*, Fondo de Cultura Económica, México, 2004.
- M. CROZIER, *El fenómeno burocrático*, Amorrortu, Bilbao, 1974.
- G. FERNÁNDEZ FARRERES, *Los códigos de buen gobierno en las administraciones públicas*, *Administración y ciudadanía* Vol. 2, nº 2, 2010.
- F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, 2005.
- E. GARCIA DE ENTERRÍA, con TR FERNANDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 2011.
- E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La significación de las libertades públicas para el Derecho Administrativo*, *Anuario de Derechos Humanos*, Universidad Complutense de Madrid, 1981.
- F. GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho Administrativo Español*, Eunsa, Navarra, 1994.
- J. HABERMAS, *Teoría de la acción comunicativa*, Paidós Ibérica, Barcelona, 2000.
- J. HABERMAS, *Aclaraciones a la ética del discurso*, Trotta, Madrid, 2000.
- D. HUME, *Historia natural de las religiones*, Tecnos, Madrid, 1992.
- A. LLANO, *Humanismo cívico*, Ariel, Barcelona, 1999.
- O. MIR PUIG-PELAT, *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública*, Civitas, Madrid, 2002.
- L. MEMBIELA, *La buena administración en la Administración general del Estado*, *Actualidad administrativa*, nº 4, 2007.
- J.A. MORENO MOLINA, y J.M. MAGÁN, *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, *El consultor*, Madrid, 2005.
- A. NIETO, *Corrupción en la España contemporánea*, Ariel, Barcelona, 1997.
- M.J. PARDO, *De la Administración pública a la gobernanza*, Colegio de México, México, 2004.
- R. PARADA, *Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- J. RIFKIN, *La sociedad empática*, Paidós Ibérica, Barcelona, 2010.
- J. RODRÍGUEZ-ARANA, *El poder público y el ciudadano: la buena Administración pública como principio y como derecho*, Madrid, 2012.
- B. TOMÁS MALLÉN, *El derecho fundamental a la buena administración*, INAP, Madrid, 2004.
- M. VILLORIA, *La corrupción política*, *Síntesis*, Madrid, 2007.
- R. VON IHERING, *La lucha por el derecho*, Comares, Granada, 2008.
- M. WEBER, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, Alianza Editorial, Madrid, 2001.





# A NOÇÃO JURÍDICA DE INTERESSE PÚBLICO NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

Romeu Felipe Bacellar Filho





## A NOÇÃO JURÍDICA DE INTERESSE PÚBLICO NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

Romeu Felipe Bacellar Filho<sup>1</sup>

**SUMÁRIO:** 1. Considerações iniciais; 2. Uma parábola do interesse público: interesse coletivo primário e interesses secundários; 3. Interesse público, legalidade e juridicidade: o interesse público reside no direito positivo; 4. Interesse público e impessoalidade: processo e procedimento administrativo; 5. Interesse público e moralidade: ética, probidade e previsibilidade; 6. Interesse público e publicidade: meios públicos ou transparentes; 7. Interesse público e eficiência: função, dever e competência; 8. Conclusão: uma proposta de definição jurídica de interesse público; 9. Referências bibliográficas.

### I. Considerações iniciais

A noção de interesse público constitui assunto caro aos estudiosos do Direito Administrativo. No Brasil, a supremacia deste sobre o interesse privado tem sido afirmada pela doutrina e jurisprudência como um princípio estruturante do regime jurídico administrativo. Mais recentemente, algumas vozes vêm tentando questionar a existência e aplicabilidade de tal princípio, a partir dos mais variados argumentos, em sua maior parte de natureza metodológica<sup>2</sup>.

Parece, no entanto, que um dos principais equívocos em que incorrem tais autores consiste justamente na sua resistência em tentar compreender o sentido e o conteúdo jurídico da noção de interesse público. Preferem, confessadamente, não adentrar a discussão sobre o que vem a ser interesse público<sup>3</sup>, esforçando-se em rebater a formulação “supremacia do interesse público sobre o privado”, sem, contudo, identificar e refutar a sua essência<sup>4</sup>.

1 Romeu Bacellar se graduou en Derecho en la Facultad de Derecho de Curitiba en 1970. En 1974 completó su especialización en Derecho Administrativo en la Pontificia Universidad Católica de São Paulo y en 1997 completó un doctorado en la Universidad Federal do Paraná.

Es profesor titular de Derecho Administrativo en la Universidad Federal do Paraná y en la Pontificia Universidad Católica de Paraná, en cuya Facultad de Derecho ejerció los más altos cargos de gobierno y administración.

Fundó y ejerce la presidencia de un Instituto de Derecho al que asignó el nombre de su padre, Romeu Felipe Bacellar, insigne jurista. Además de su rol docente, ha mantenido una intensa actividad en la Orden dos Advogados do Brasil y en numerosas asociaciones e instituciones de Derecho Administrativo y de Derecho Público de Brasil e internacionales, ha participado en congresos, jornadas y seminarios de derecho, nacionales e internacionales.

Dirige un exitoso estudio profesional en Curitiba y ha formado en torno a él uno de los grupos de Derecho Administrativo más prestigiosos de Brasil.

2 É o caso dos autores da coletânea SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados:** desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

3 “A importância do interesse público (...), do bem comum (...), ou mesmo dos fins estatais (...) não são objeto primordial de nossa análise. A finalidade deste estudo é, apenas, analisar criticamente o ‘princípio da supremacia do interesse público sobre o particular’”. ÁVILA Humberto Bergmann. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. In: Daniel Sarmento (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados:** desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 176.

4 “As reflexões que se seguem não têm por preocupação definir o conceito indeterminado de *interesse público*. (...) *O que se questiona, logo, não é o conteúdo mas, sim, a forma*” (grifos no original). SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais. In: Daniel Sarmento

A toda evidência, não há como criticar tal princípio sem enfrentar o inexcusável tema da noção jurídica de interesse público. Impende estabelecer com precisão, sob o ponto de vista técnico-jurídico, qual o significado de interesse público para o Direito, para, só então, concordar ou dissentir da afirmação de sua supremacia.

O presente estudo tem por objetivo justamente delinear o conteúdo jurídico da noção de interesse público, notadamente no Direito brasileiro, à luz da Constituição Federal de 1988 e das teorizações de Celso Antônio Bandeira de Mello, como forma de demonstrar que, se bem compreendido, nenhum problema ou incompatibilidade há em sustentar a sua supremacia. Sob a óptica do ordenamento jurídico pátrio, a Administração Pública está submetida à imposição constitucional de promover o interesse público (“bem de todos” – art. 3º, IV da CF), o qual só será alcançado se a atuação administrativa obedecer fielmente aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, estampados no art. 37, *caput* da CF.

Tal afirmação, embora aparentemente simples, ostenta elevada carga de significação, conforme se poderá observar nas próximas páginas.

## **2. Uma parábola do interesse público: interesse coletivo primário e interesses secundários**

Conquanto empregada com relativa frequência no âmbito da Administração Pública, a expressão “interesse público” revela um complexo significado. A doutrina italiana, multicitada no Brasil através da obra de Renato Alessi, mormente após a adoção de suas idéias por Celso Antônio Bandeira de Mello, lança mão da distinção entre interesse coletivo primário e interesses secundários para precisar o sentido do “interesse público”, asseverando que este só se configurará quando coincidir com o primeiro (coletivo primário). Para facilitar a explicação e posterior compreensão dessa noção, a menção a uma singela história pode ser de grande valia. É o que se propõe rotular de “Uma parábola do interesse público”.

Viviam numa pequena propriedade rural, um fazendeiro e sua mulher. Ambos com idade propecta, só tinham um ao outro. Exploravam a terra e conseguiram reunir uma pequena criação: uma vaca, um porco e uma galinha.

No paiol, há muitos anos vivia um camundongo, cuja presença incomodava sobremaneira a esposa do fazendeiro. Indignada com os danos causados à pequena produção armazenada, a senhora resolveu instalar uma ratoeira no paiol, embaixo de uma prateleira de gêneros alimentícios.

Horrorizado, o camundongo requereu o auxílio da vaca para ajudá-lo a destruir a

---

(Org.). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 221.

## A NOÇÃO JURÍDICA DE INTERESSE PÚBLICO NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

armadilha. A vaca, cujo tamanho lhe tornava infensa a qualquer ofensa física, sem muita conversa, declinou do pleito, sob a justificava de que o problema não lhe afetava, e, portanto, não era de seu interesse.

Diante da recusa o camundongo resolveu procurar o porco. Este, da mesma forma, alegou que vivendo no chiqueiro nenhuma relação poderia ter com a ratoeira, de sorte que o assunto não lhe interessava, e também esquivou-se de prestar auxílio ao apavorado bichinho.

Como derradeira alternativa, restou ao camundongo encarecer a galinha que lhe ajudasse na espinhosa missão. A resposta não foi diferente: o problema não a atingia, sequer minimamente, sendo alheio ao seu interesse.

Eis que um fato inusitado ocorreu. Uma serpente altamente venenosa adentrou o paiol e, descuidada, acabou presa na ratoeira. Ao ouvir o barulho e pensando ter apanhado o camundongo, a senhora, ao tentar apanhar a ratoeira, foi picada pela cobra.

Desesperada, chamou o marido que a encaminhou ao médico local. Após o primeiro atendimento, a senhora para aflição do marido e dos vizinhos que lhe estimavam, começou a passar muito mal. Após intenso tratamento, iniciada a recuperação o médico preocupado em hidratá-la e fortalecê-la, indicou, como alimentação, uma canja de galinha. A única galinha precisava, pois, ser sacrificada. Um pouco mais recuperada, mas necessitando ainda de proteína, o médico entendeu que era hora de uma alimentação mais substancial, recomendando carne de porco. O indigitado porco, então, seguiu o triste destino da galinha. Terminada a dieta alimentar, plenamente restabelecida, foi tamanha a alegria do marido que ele resolveu festejar com a vizinhança promovendo uma grande churrascada. Era a vez da vaca de prestar a sua colaboração e, assim, ela também foi sacrificada.

O camundongo, embora preocupado, persiste em suas andanças pelo paiol.

Esta pequena narrativa permite demonstrar que o interesse público não se confunde, necessariamente, com o interesse da maioria. Por vezes, ele pode estar presente num interesse que, a princípio, parece individualizado. Se à primeira vista o interesse de dar cabo à ratoeira aparentava constituir mero interesse individual do camundongo, sem qualquer relação com os interesses da coletividade dos animais, ao final demonstrou-se ser efetivamente um interesse público, uma vez que todos foram afetados pela armadilha.

O raciocínio extraído da parábola aplica-se tranquilamente à realidade jurídica e social brasileira. Se um cidadão não tem, individualmente, o interesse de sofrer desapropriação, isso não significa que ele não tenha interesse de que exista o instituto

da desapropriação<sup>5</sup>. O interesse da coletividade é de que a desapropriação seja promovida, ainda que, individualmente, não seja esse o interesse do expropriado. É nisso que consiste o interesse público: na parcela coincidente de interesses dos indivíduos enquanto membros da coletividade.

Sérgio Ferraz constata que “o conceito de interesse público configura um dos pontos centrais do Direito Público, a exigir elaboração cuidadosa, detida e exclusiva.”<sup>6</sup> Afinal, o regime jurídico administrativo estrutura-se, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, sob dois princípios, de matriz constitucional: supremacia do interesse público sobre o particular e indisponibilidade do interesse público pela Administração.<sup>7</sup>

“A quem pertence o ar que respiro?” – perguntou, certa feita, Mauro Cappelletti. A pergunta faz pensar que, tradicionalmente, tem-se caracterizado o interesse pelo seu titular – se o interesse é do indivíduo, diz-se que o interesse é individual, se da coletividade, diz-se que o interesse é público, se do Estado enquanto pessoa jurídica, diz-se que o interesse é estatal. A questão, no entanto, não é tão simples assim.

O interesse público constitui um “interesse transpessoal”<sup>8</sup> que, embora pressupondo os interesses individuais, deles se diferencia.<sup>9</sup> Como dito, a teoria do mestre italiano Renato Alessi é a que mais tem influenciado os administrativistas pátrios.

Conforme esse autor, a função é o poder concedido em relação à realização de determinados interesses, tratando-se de poder soberano, à realização de interesses coletivos. Estes interesses coletivos, dos quais a Administração deve buscar a satisfação, não são necessariamente os interesses da Administração enquanto aparato organizativo autônomo, mas sim o interesse coletivo primário, ou seja, o interesse da coletividade. Somente esse será o interesse público. O interesse do aparato administrativo é simplesmente um dos interesses secundários, assim como os demais interesses meramente individuais. A peculiaridade da posição jurídica da Administração Pública reside justamente nisto: a sua função consiste na realização do interesse público (coletivo primário).<sup>10</sup>

5 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A noção jurídica de “interesse público”. In: \_\_\_\_\_. **Grandes Temas de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 182.

6 FERRAZ, Sérgio. Regulação da economia e livre concorrência: uma hipótese. **Revista de Direito Público da Economia**, n. 1, Belo Horizonte, jan./fev./mar. 2003, p. 203.

7 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 28-56.

8 Caracterizando o interesse público como “transpessoal”: MORAIS, José Luis Bolzan de. **Do direito social aos interesses transindividuais**: o estado e o direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 119.

9 “Interesse público é uma realidade conceitual própria, autônoma, inconfundível, e não, simples oposição a interesse individual.” FERRAZ, Sérgio. *Op. Cit.*, p. 203-204.

10 ALESSI, Renato. **Principi di diritto amministrativo**: i soggetti attivi e l’esplicazione della funzione amministrativa. t. I. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1978. p. 226-227. Com posição similar, Jean Rivero identifica o interesse público, fim da Administração, como o interesse geral que “não é, portanto, o interesse da comunidade considerada como uma entidade distinta dos que a compõem e superior a eles; é muito mais simplesmente, um conjunto de necessidades humanas — aquelas a que o jogo das liberdades não provê de maneira adequada e cuja satisfação, todavia, condiciona a realização dos destinos individuais.” RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1981. p. 15.

## A NOÇÃO JURÍDICA DE INTERESSE PÚBLICO NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

Com efeito, Renato Alessi não ignora a existência de um interesse secundário, próprio do aparato administrativo. Todavia, o interesse secundário somente pode ser o norte do exercício da função administrativa quando coincidente, e na fronteira desta coincidência, com o interesse público ou interesse coletivo primário. Fixa, portanto, com a noção de interesse secundário a acessoriedade e, mais ainda, a subordinação do interesse da Administração *enquanto tal* ao interesse da Administração *enquanto representante da coletividade*.

O autor italiano defende também que o interesse secundário do aparato pode facilmente chocar-se com o interesse público (da coletividade). Daí a necessidade de instrumentos que garantam o vínculo entre ação administrativa e realização do interesse coletivo primário. Garantia contra a possibilidade do uso do poder de ação concedido à Administração em favor da realização do interesse público para uma ilegítima realização do interesse secundário da própria Administração, ou que é pior, do interesse pessoal das pessoas físicas prepostas aos ofícios administrativos.<sup>11</sup>

Nesse sentido, como explica Sérgio Ferraz, “não é a natureza da pessoa que determina a natureza do direito ou do interesse abordado. Interesse público não é, pois, aquele pertinente à pessoa pública que o titularize; nem mesmo é, pura e simplesmente, o interesse do público.”<sup>12</sup> Aduz o autor, na linha doutrinária de Celso Antônio Bandeira de Mello, que o interesse público não é nem a soma dos interesses individuais nem sua expressão média. Resulta como o interesse do todo no qual os interesses particulares são coeficientes inafastáveis.<sup>13</sup> Concorda-se com Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, para quem “A simples intervenção necessária da administração não torna o interesse privado em interesse sem proteção jurídica. Proteger o interesse público não é desconhecer o interesse privado. Muito menos num regime de garantias que dá substrato ao estado de direito.”<sup>14</sup>

11 ALESSI, Renato. *Op. Cit.*, p. 227-228.

12 FERRAZ, Sérgio. *Op. Cit.*, p. 203.

13 “Dá-se, então, uma convivência de círculos de atuação, como agudamente divisou Rogério Ehrhardt Soares (op. cit., p. 103 et seq.). No primeiro dos concêntricos, desfruta o particular de um domínio limitado externamente por outro círculo, o do que expressamente lhe é vedado pelo sistema. E advém então o círculo maior, dos interesses indivisíveis de uma pluralidade, do todo, transcendência essa que substancia a idéia-cerne de interesse público. Nessa dimensão, aí sim, pode-se ver no interesse público não a simples soma, mas o conjunto dos interesses pessoais dos indivíduos, considerados em sua qualidade de membros da sociedade”. Cf. FERRAZ, Sérgio. *Op. Cit.*, p. 205. Numa perspectiva contrária, Jürgen Habermas: “O nexos interno entre democracia e Estado de direito consiste em que se, por um lado, os cidadãos só podem fazer uso adequado da sua autonomia pública se forem suficientemente independentes em virtude de sua autonomia privada que esteja uniformemente assegurada; por outro, só podem usufruir uniformemente a autonomia privada, se, como cidadãos, fizerem o emprego adequado dessa autonomia política. Por isso, direitos fundamentais liberais e políticos são inseparáveis. A imagem da exterioridade e da interioridade é enganosa – como se existisse um âmbito nuclear de direitos elementares à liberdade, com a prerrogativa de poder pleitear prioridade diante dos direitos à comunicação e à participação. Para o tipo de legitimação ocidental, a co-originariedade entre direitos políticos fundamentais e direitos individuais fundamentais é essencial.” HABERMAS, Jürgen. Sobre a legitimação pelos direitos humanos. In: Jean-Cristophe Merle; Luiz Moreira (orgs.). **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003. p. 72.

14 FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. Os direitos administrativos e os direitos processuais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 111, jan./mar. 1973, p. 30. Como observa Carlos E. Delpiazzo, “*la categorización del Estado de Derecho se alcanza, antes que por su sometimiento formal al orden jurídico, por la realización de los valores que hacen a los fines de su obrar, entre los que se destaca la misión esencial que le compete no sólo en la defensa sino en la promoción de la vida*”. DELPIAZZO, Carlos E. **Dignidad humana y derecho**. Montevideo: Universidad de Montevideo, 2001. p. 31.

Para Andrea Pubusa, diante do princípio democrático e o da soberania popular, não existe mais uma estrutura e um interesse do Estado separados da comunidade, ou interesses do Estado ou dos seus órgãos que não sejam instrumentais em relação à comunidade nem, enfim, decisões despidas de elementos de democraticidade. Assim, “*il funzionario ‘non serve il governo e comanda sui cittadini’, ma ‘serve esclusivamente i cittadini’*”.<sup>15</sup> A Administração não deve cuidar de interesses do Estado, mas dos cidadãos.<sup>16</sup>

A lição adapta-se ao texto constitucional brasileiro. A Constituição estabelece que o Brasil constitui-se num Estado Democrático de Direito, fundamentado na soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e pluralismo político (art. 1º, da CF). Define ainda como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil “promover o bem de todos” (art. 3º, IV da CF). Se a cidadania e a dignidade da pessoa humana constituem fundamentos republicanos, e a promoção do bem todos configura um de seus objetivos fundamentais, não é possível que o interesse perseguido com o exercício da função administrativa não encontre seu princípio e fim no interesse dos próprios cidadãos, tanto numa perspectiva individual, quanto coletiva.<sup>17</sup>

É certo que o conceito de interesse primário, enquanto interesse da coletividade (interesse coletivo primário) e fim de toda a atividade administrativa, encontra alicerces na Constituição brasileira. Disso não há dúvida. É correto que a assertiva não constitui nenhuma novidade. Afinal, a publicidade do interesse perseguido pela Administração deriva da idéia de República, no sentido de Bodin e Kant, como “coisa pública” e que hoje significa “comunidade” ou “coletividade política”.<sup>18</sup> Todavia, mostra-se como um dever do jurista buscar novos instrumentos de efetivação deste ideal que, embora antigo, incita ao abandono das trilhas batidas e rotineiras por onde tendem a enveredar, guiadas pelo pesado e rígido braço do hábito, todas as formas de atividade humana, sem exclusão da investigação intelectual e científica.<sup>19</sup>

15 PUBUSA, Andrea. **Diritti dei cittadini e pubblica amministrazione**. Torino: G. Giappichelli Editore, 1996. p. 48-49.

16 PUBUSA, Andrea. *Op. Cit.*, p. 49.

17 Numa concepção ainda mais abstrata, Pietro Perlingieri identifica o interesse público com a “realização e a atuação dos direitos invioláveis do homem”, caracterizado por instâncias pessoais e “pela atuação de mais equânimes relações sociais fundadas no solidarismo e no personalismo, vistas como almas indefectíveis do projeto do constituinte republicano.” “O interesse público, portanto, não como superestrutura burocrática e superindividual, mas como síntese e atuação equilibrada dos valores das pessoas consociadas na unidade de seus direitos, como titulares de um direito de igual *status personae*.” PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao Direito Civil constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 285.

18 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995. p. 484. No direito argentino, Germán J. Bidart campos assinala que a jurisprudência da Corte Suprema de Justiça Argentina tem encarado o bem-estar geral do Preâmbulo como equivalente ao clássico bem comum ou bem público, porque “*lo público (al modo de la res publica romana) es la cosa pública o cosa de todos. No de un sector o de una parte, sino de la comunidad total.*” CAMPOS, Germán J. Bidart. Los bienes colectivos en el derecho constitucional de los derechos humanos. In: Eros Roberto Grau; Sérgio Sérulo Cunha (Orgs.). **Estudos de direito constitucional**: em homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 60.

19 DEWEY, John. **A filosofia em reconstrução**. Tradução de Eugênio Marcondes Rocha. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1958. p. 10-11.



## A NOÇÃO JURÍDICA DE INTERESSE PÚBLICO NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

Nesse influxo, mostra-se indispensável trazer à colação o lúcido pensamento de Jorge Salomoni, notável administrativista argentino precocemente falecido. Afirmava Salomoni que “El interes público tiene dos consecuencias concretas em el sistema: en primer lugar, es el fundamento y limite de la potestad administrativa. Esto es, la Administración solamente puede actuar em función del interes público. Y si actúa fuera del interes público, el acto es nulo. Por lo tanto, es el fundamento y es el limite.”<sup>20</sup>

É curial, também, investigar até que ponto o interesse público não se confunde, na prática, com o interesse do administrador que, fugazmente, encontra-se no exercício do poder. Até onde a assertiva “interesse público primário enquanto interesse da coletividade” encontra-se no “mundo do dever ser” e não no “mundo do ser”?

Exatamente por essa razão, impende conferir à noção de interesse público um significado mais denso, complexo e juridicamente conformado. A distinção entre interesse coletivo primário e interesses secundários, com a associação do interesse público ao primeiro, constitui importante forma de definir a significação dessa expressão. Trata-se, conforme elucida Celso Antônio Bandeira de Mello, da *estrutura* da categoria denominada “interesse público”, mas não do seu *conteúdo*, que só pode ser encontrado no direito positivo<sup>21</sup>.

Contudo, para atar a noção de interesse público às amarras jurídicas, vedando o seu emprego distorcido por parte dos administradores para fins escusos, impõe-se afivelar o seu conteúdo a determinadas normas que operam como sujeições da Administração Pública, necessárias ao alcance do interesse da sociedade: os princípios constitucionais da Administração Pública, estabelecidos no art. 37, *caput* da Constituição Federal<sup>22</sup>. Cuida-se, pois, de revelar o *conteúdo jurídico* fundamental da noção de interesse público no Direito brasileiro.

### **3. Interesse público, legalidade e juridicidade: o interesse público reside no direito positivo**

Observada a *estrutura* do interesse público, como o interesse coletivo primário – resultante da parcela coincidente dos interesses dos indivíduos enquanto membros da coletividade – faz-se necessário identificar o seu *conteúdo*.

Conforme expõe clara e acertadamente Celso Antônio Bandeira de Mello, “*do ponto de vista jurídico* será de interesse público a solução que haja sido adotada

20 SALOMONI, Jorge Luis. Impacto de los Tratados de Derechos Humanos sobre el Derecho Administrativo Argentino. In: \_\_\_\_\_; Romeu Felipe Bacellar Filho; Domingo Juan Sesín. **Ordenamientos internacionales y ordenamientos administrativos nacionales**: jerarquía, impacto y derechos humanos. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006. p. 23.

21 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A noção jurídica de “interesse público”. In: \_\_\_\_\_. **Grandes Temas de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 189-190.

22 “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:”.

pela Constituição ou pelas leis quando editadas em consonância com as diretrizes da Lei Maior<sup>23</sup>. Assim, é possível afirmar que o interesse público identifica-se, em um primeiro momento, com a *juridicidade*, isto é, a sua realização estará assegurada quando forem cumpridos os comandos emanados do ordenamento jurídico. Em segundo lugar, a observância da *legalidade* é curial para a consecução do interesse público, já que este deverá ser encontrado no conteúdo das leis que compõem o direito positivo.

Nesse sentido, é possível identificar o *conteúdo* do interesse público a partir dos chamados princípios da *juridicidade* e da *legalidade*, uma vez que, nas lições do precitado jurista paulista: “é de interesse público (...) aquele interesse que como tal haja sido qualificado em dado sistema normativo. Com efeito, dita qualificação quem faz é a Constituição, e a partir dela o Estado, primeiramente através dos órgãos legislativos e depois por via dos órgãos administrativos, nos casos e limites da discricionariedade que a lei lhes haja conferido”<sup>24</sup>.

Não é por outro motivo, senão para alcançar o interesse público, que a Administração Pública, antes de tudo, está presa ao princípio da legalidade. Este princípio “não é um pressuposto” – como assinala, com grande propriedade, Manoel de Oliveira Franco Sobrinho – “mas uma determinante essencial”<sup>25</sup>.

O princípio da legalidade da Administração está expressamente referido no *caput* do art. 37, da Constituição de 1988 e no art. 2º, da Lei 9.784/99. Trata-se de princípio decorrente do Estado de Direito, respeitadas as nuances da construção do significado desse conceito em cada país.<sup>26</sup> Expressa a idéia da lei como instrumento mais apropriado para definir o regime de certas matérias (princípio da prioridade e prevalência da lei, princípio da reserva da lei<sup>27</sup>) e de “instrumento normativo de

23 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A noção jurídica de “interesse público”. In: \_\_\_\_\_. **Grandes Temas de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 191.

24 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. Cit.*, p. 190.

25 FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 287.

26 Sobre o princípio da legalidade, na França, Claude Leclerq e André Chaminade afirmam que o mesmo constitui consequência lógica da existência, naquele país, de um Estado de Direito. Entretanto, a concepção primordial da administração francesa influi, consideravelmente, no conteúdo do princípio da legalidade. De acordo com o grau da autoridade na hierarquia administrativa, a noção de “legalidade” será mais ou menos vinculante. O princípio da legalidade originou-se na jurisprudência do Conselho de Estado. Mesmo assim, em decisão de 25 de fevereiro de 1982, o Conselho de Estado decidiu que o princípio deveria ser aplicado também em face do legislador. LECLERQ, Claude; CHAMINADE, André. **Droit Administratif**. 3ª ed. Paris: Litec, 1992. p. 1-2. Em Portugal, Canotilho e Vital Moreira situam o princípio da legalidade como sub-princípio concretizador do princípio fundamental do Estado de Direito. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991. p. 84. Na Espanha, cite-se ENTERRÍA, Eduardo García de. **Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho**. Madrid: Civitas, 1986.

27 Com a ressalva de que o princípio da reserva legal é mais concreto e específico que o princípio da legalidade pois, conforme José Afonso da Silva, o primeiro “consiste em estatuir que a regulamentação de determinada matéria há de fazer-se necessariamente por lei formal” enquanto o segundo “significa a submissão e o respeito à lei, ou a atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador”. A reserva legal absoluta impede que a matéria seja regulada por via de ato administrativo, como é o caso da reserva legal no direito penal (art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal), enquanto a reserva legal relativa permite que a matéria seja disciplinada por fonte diversa da lei, e, notadamente, via ato administrativo normativo, desde que observados os parâmetros legais, como é o caso do art. 153, §1º, da Constituição Federal. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 421-423.

## A NOÇÃO JURÍDICA DE INTERESSE PÚBLICO NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

vinculação jurídico-constitucional da Administração”.<sup>28</sup>

O princípio da legalidade conduz à formação da relação de legalidade entre os atos administrativos, de um lado; e o sistema jurídico (concepção ampla) ou a lei em sentido formal (concepção restrita), do outro. Com efeito, há dois enfoques doutrinários sobre os termos da relação de legalidade.

O debate emerge em duas variantes: princípio da legalidade como vinculação da Administração ao ordenamento jurídico ou à lei formal? Em sentido amplo, Hauriou considerava este princípio ligado ao bloco da legalidade (leis, regulamentos, princípios gerais, costumes). Já para Merkl, tal perspectiva corresponderia ao princípio da *juridicidade* da Administração, reservado o princípio da *legalidade* para a relação com a lei formal.<sup>29</sup> A solução ampliativa aumenta o campo de incidência do princípio. A seu turno, a restritiva postula pela garantia de outros princípios ao lado da legalidade.

Lúcia Valle Figueiredo adota o sentido amplo. Assevera que a legalidade não importa, exclusivamente, sujeição da Administração à lei, mas também submissão ao direito, ao ordenamento jurídico, às normas e princípios constitucionais. Para praticar determinado ato o administrador não tem de encontrar arrimo expresso em lei específica para o caso concreto.<sup>30</sup> Disto decorre, para a autora, que a autorização da ação administrativa não deriva exclusivamente da lei em sentido formal, mas do sistema jurídico.<sup>31</sup>

Odete Medauar, no mesmo sentido, filia-se à corrente ampla. Defende a erosão da compreensão do princípio da legalidade como vínculo restrito entre lei formal e ato administrativo. A legalidade abrange não somente a lei formal, mas também “os preceitos decorrentes de um estado democrático de direito, que é o modo de ser do estado brasileiro, conforme prevê o art. 1º, caput da Constituição; e, ainda, deve incluir os demais fundamentos e princípios de base constitucional”.<sup>32</sup> Em síntese, o princípio da legalidade vincula “o direito administrativo às disposições constitucionais”.<sup>33</sup>

Cármen Lúcia Antunes Rocha defende, em dissertação sobre o Princípio da Igualdade, que o princípio da legalidade é para a Administração Pública a consonância material e formal não apenas à lei, tomada em seu sentido formal, mas ao complexo de normas jurídicas.<sup>34</sup> Em livro mais recente, intitulado “*Princípios Constitucionais da Administração Pública*”, defende a substituição, no moderno Estado de Direito Democrático, do

28 CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Op. Cit.*, p. 84.

29 ENTERRÍA, Eduardo García de. *Op. Cit.*, p. 370-371.

30 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Processo e Procedimento Administrativo*. In: **Perspectivas do Direito Público**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 382.

31 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 40.

32 MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 147.

33 MEDAUAR, Odete. *Op. Cit.*, p. 147.

34 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O Princípio Constitucional da Igualdade**. Belo Horizonte: Lê, 1990. p. 83.

princípio da *legalidade* pelo da *juridicidade*, como subordinação não só à lei formal, mas ao Direito.<sup>35</sup>

Com efeito, o inciso I, art. 2º, da Lei 9.784/99 incorporou o entendimento doutrinário ao consagrar, como critério de atuação nos processos administrativos, “atuação conforme a lei e ao Direito”.

A referência ao princípio da juridicidade parece não alterar o pensamento de Cármen Lúcia Antunes Rocha sobre a abrangência do princípio da legalidade: este significa a vinculação ao Direito *in totum*. Segundo a jurista, o princípio da legalidade seria assim designado pelo peso da tradição (o seu sentido histórico é o da vinculação à lei formal): conserva o nome de legalidade, embora signifique, hoje, juridicidade, de sorte que quando a Constituição refere-se à legalidade, conforme a autora, deve-se ler juridicidade.<sup>36</sup> Na doutrina francesa, alude-se a “bloco da legalidade” como substância do princípio da legalidade, englobando normas jurídicas de hierarquia distinta como a Constituição e as leis escritas.<sup>37</sup>

Em outro sentido caminham Maria Sylvania Zanella Di Pietro, José Joaquim Gomes Canotilho e Eisenmann.

Para Maria Sylvania, o princípio da legalidade importa para a Administração fazer somente o que a lei permite: “Em decorrência disso, a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto ela depende de lei”.<sup>38</sup>

Canotilho entende o princípio de maneira restrita: trata-se do princípio da supremacia ou prevalência da lei e do princípio da reserva de lei.<sup>39</sup> Separa os campos da constitucionalidade e da legalidade. A vinculação da Administração ao sistema constitucional decorre do princípio da constitucionalidade e não do princípio da legalidade.<sup>40</sup>

Eisenmann defende a concepção restritiva, argumentando que as concepções ampliativas representam alterações profundas da concepção originária do princípio da legalidade. O significado de lei, nos quadrantes do constitucionalismo dos Estados

35 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 80.

36 Assim pensamos ser a interpretação adequada, aquela extraída do pensamento de Cármen Lúcia Antunes Rocha. Sobre o princípio da juridicidade “no direito positivo brasileiro, o princípio continua a ser rotulado de ‘legalidade’[...]”. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O Princípio Constitucional da Igualdade**. Belo Horizonte: Lê, 1990. p. 78-79, 81 e 84.

37 Nesses termos, Jean Michel de Forges: “A Administração não pode funcionar de maneira arbitrária, ela deve respeitar o direito, ela deve respeitar, dito de outra maneira, o conjunto de regras que formam o bloco da legalidade. Esta é a substância do princípio da legalidade”. (*traduzido*) FORGES, Jean Michel de. **Droit Administratif**. Paris: Presses Universitaires de France, 1993. p. 225.

38 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 61.

39 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995. p. 371.

40 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. Cit.*, p. 360-361.

## A NOÇÃO JURÍDICA DE INTERESSE PÚBLICO NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

Liberais, não as conduzia ao conceito de regras de direito ou normas jurídicas, mas a uma espécie peculiar de normas qualificada por um processo regulado constitucionalmente. Em segundo lugar, importa equívoco de linguagem técnica ao colocar no mesmo plano de vinculação normas com hierarquia e papéis distintos no plano das fontes. Por fim, não se liberam, completamente, da noção restritiva à medida que admitem derivações ao princípio da legalidade (mas se as normas derogadoras integram o princípio da legalidade não haveria atentado algum a este). Enfim, legalidade transforma-se em “simples repetição da análise das fontes das normas”.<sup>41</sup>

No fundamento de ambas as concepções reside a preocupação em solucionar a crise do princípio da legalidade, como modelo jurídico de vinculação dos poderes estatais. Esse paralelo pode ser comprovado a partir da divergente interpretação de Jesús González Pérez e Odete Medauar, tendo por base o art. 103, 1, da Constituição Espanhola de 1976, que assim dispõe: “103. 1. *La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho*”.<sup>42</sup>

Jesús González Pérez cita esse artigo como base de argumentação da tese segundo a qual o princípio da legalidade não representa o único comando vinculativo da atividade administrativa, mas também o princípio da boa-fé. Conclui que a legalidade não esgota o fenômeno da regulação da atividade administrativa, funcionando como condicionante inicial.<sup>43</sup> Por outro lado, Odete Medauar faz referência ao artigo para fundamentar a compreensão da legalidade como submissão ao direito e, especificamente, à Constituição.<sup>44</sup>

De toda sorte, a referência à Constituição Espanhola constitui interessante exemplo do que se está a afirmar neste tópico: se a “Administração Pública serve com objetividade os interesses gerais” ao atuar “com submissão plena à lei e ao Direito”, a realização do interesse público pressupõe a obediência aos princípios da *juridicidade* e da *legalidade*, ainda que se adote uma ou outra concepção (restritiva ou ampliativa).

Ao nosso ver, a adoção do sentido restrito do princípio da legalidade é exigência da própria Constituição de 1988. O primeiro argumento é de ordem lógica. Ora, se o princípio da legalidade pretendesse abarcar a própria vinculação constitucional da atividade administrativa seria inútil e totalmente despida de sentido a afirmação de outros princípios constitucionais da Administração Pública. Afinal, que conteúdo jurídico sobraría para os demais? Se a Constituição coloca ao lado do princípio

41 EISENMANN, Ch. O Direito Administrativo e o Princípio da Legalidade. *Revista de Direito Administrativo*, n. 56, Rio de Janeiro, abr./jun. 1959. p. 50-52.

42 ESPANHA. *Constitucion y Tribunal Constitucional* (1978). Madrid: Civitas, 1995. p. 69.

43 PÉREZ, Jesús González. *El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, 1983. p. 33.

44 MEDAUAR, Odete. *Op. Cit.*, p. 146.

da legalidade os princípios da moralidade, da impessoalidade, da publicidade e da eficiência, resta subjacente que a legalidade não esgota a regulação jurídica da Administração.

De outra parte, a adoção de conceito amplo faz confundir legalidade e constitucionalidade. Perverte-se a hierarquia das fontes do direito (são colocados no mesmo plano blocos distintos da pirâmide normativa) quando no sistema constitucional brasileiro estão, rigidamente, delimitados (por exemplo, na fixação do objeto do recurso extraordinário e do recurso especial). Portanto, para que seja concretizado o interesse público, é imperiosa a observância de ambos os princípios: *legalidade* (em sentido estrito), como cumprimento da lei formal, e *juridicidade*, como atendimento aos mandamentos do ordenamento jurídico como um todo, sobretudo das normas constitucionais.

Ressalte-se que não se está a defender a inexistência do princípio da juridicidade e, por consequência, a desvinculação da Administração Pública ao direito como um todo. Pelo contrário: sustenta-se apenas a diferenciação e a autonomia dos dois princípios, que exigem a delimitação dos seus respectivos fundamentos normativos e conteúdos jurídicos. O princípio da *legalidade* administrativa encontra suporte no art. 37, *caput* da Constituição, representando a subordinação dos atos administrativos aos ditames da lei em sentido formal, impondo uma exigência de atuação *secundum legem*, ao passo que o princípio da *juridicidade*, igualmente condicionante do agir administrativo, extrai-se de todo o tecido constitucional e do ordenamento jurídico globalmente considerado – aí incluídos os direitos humanos e princípios constitucionais não expressos –, traduzindo-se como o dever de obediência do Poder Público à integralidade do sistema jurídico.

A noção jurídica de interesse público é composta, pois, de ambos os princípios: *legalidade* e *juridicidade*. A Administração Pública, para servir objetivamente ao interesse público – tal como determina a Constituição Espanhola – deve respeitar a *legalidade* formal, obedecendo fielmente às imposições legislativas que refletem a vontade do povo, manifestada através de seus representantes, bem como a *juridicidade*, concretizando todos os mandamentos que o direito positivo como um todo faz espargir, notadamente os de fonte constitucional.

#### **4. Interesse público e impessoalidade: processo e procedimento administrativo**

Sem a impessoalidade administrativa, a “teoria da imputação” serviria tão-somente para dar aparência de “público” a interesses particulares dos exercentes do poder. O interesse público reclama, pois, uma atuação administrativa impessoal.

Sobre a teoria da imputação, Jorge Miranda explica que o Estado pressupõe a definição normativa de centros de formação de vontade coletiva e a atribuição a

## A NOÇÃO JURÍDICA DE INTERESSE PÚBLICO NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

certas pessoas físicas da função de preencher estes centros de vontade em concreto, agindo como se fossem o Estado. A vontade dessas pessoas singulares – uma vontade psicológica como qualquer outra – é tida como vontade da pessoa coletiva e qualquer ato praticado pelo sujeito é automaticamente atribuído ao Estado. Nisto consiste o fenômeno da imputação. Não há dualidade de pessoas como na representação legal ou voluntária. Há unidade: uma só pessoa, a pessoa coletiva, exercendo competência por intermédio de pessoas físicas<sup>45</sup>.

As garantias de imparcialidade funcionam como garantias da distinção entre vontade pessoal e vontade funcional. São instrumentos destinados ao adequado funcionamento da imputação, que não se completa se houver desvio de imparcialidade. “Vontade *funcional* nunca pode deixar de ser vontade *normativa*: é a norma que converte a vontade psicológica em vontade do órgão, ou seja, em vontade do Estado.”<sup>46</sup>

Nessa senda, também no direito português, Maria Teresa de Melo Ribeiro situa o princípio da imparcialidade como princípio da função administrativa, “princípio regulador do conjunto da actividade administrativa”, alcançando o exercício e desenvolvimento da totalidade da função administrativa em contraposição à doutrina que restringe sua incidência ao domínio do exercício de competências discricionárias. Sustenta que tal princípio “encontra o seu fundamento último na natureza pública do interesse e interesses prosseguidos pela Administração Pública, em suma, na natureza funcional dos poderes exercidos pelo conjunto dos órgãos e agentes administrativos”<sup>47</sup>. E prossegue afirmando que:

O interesse público exige sempre da Administração um comportamento imparcial, sem cuidar de saber se a forma e os meios mais aptos à sua prossecução (ou efectivamente prosseguidos) são (ou foram) prefixados em abstracto pelo legislador ou escolhidos em concreto pela Administração. Ao exercer uma função - a função administrativa -, a Administração tem o poder-dever de realizar o interesse público com total objectividade, exclusividade, isenção, independência, neutralidade e transparência.<sup>48</sup>

O princípio constitucional da impessoalidade, consignado no art. 37, *caput*, da Constituição Federal cobre perfeitamente o campo do princípio da imparcialidade da Constituição Portuguesa. Como assinala Carmem Lúcia Antunes Rocha, “de um lado, o princípio da impessoalidade traz o sentido de ausência de rosto do administrador

45 MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**: actividade constitucional do Estado. t. V. Coimbra: Coimbra, 1997. p. 47.

46 MIRANDA, Jorge. *Idem, Ibidem*.

47 RIBEIRO, Maria Teresa de Melo. **O princípio da imparcialidade da Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 1996. p. 236.

48 RIBEIRO, Maria Teresa de Melo. *Idem, Ibidem*. Nessa linha, Salvatore Piraino identifica a imparcialidade como “*criterio generale e fondamentale di condotta della pubblica amministrazione*” ou “*aspetto fisiologico del potere funzionale della pubblica amministrazione*”. PIRAINO, Salvatore. **La funzione amministrativa fra discrezionalità e arbitrio**. Milano: Giuffrè, 1990. p. 84.

público; de outro, significa a ausência de nome do administrado.”<sup>49</sup> Este princípio, já consignamos em outra sede, “implica, para a Administração Pública, o dever de agir segundo regras objetivas e controláveis racionalmente. Desta forma, acentua-se a funcionalidade do agir administrativo e concretiza-se o princípio da igualdade.”<sup>50</sup>

Todavia, deve-se concordar com Augusto Cerri, para quem o princípio da impessoalidade administrativa não se confunde com o da igualdade. O mestre italiano ensina que da Administração Pública exige-se algo mais que a simples e objetiva igualdade, mas a imparcialidade como *atitude geral de indiferença* em relação aos interesses que não são gerais ou perseguidos pela lei. Evidencia-se, particularmente, o ponto nevrálgico desta indiferença (por certo difícil de atingir) entre interesses do “Estado-aparato” (da administração enquanto tal) e do “Estado-comunidade”. Isto é, a indiferença (neutralidade) exigida do funcionário em relação aos *indirizzi* políticos dos governos que se sucedem no poder; indiferença em relação aos interesses privados envolvidos no agir administrativo (imparcialidade como paridade de tratamento).<sup>51</sup>

A imparcialidade é algo mais profundo e radical que a igualdade exigida pela lei, pois não se limita a incidir sobre os requisitos do conteúdo do ato, mas sobre o comportamento do órgão frente ao caso concreto. Igualdade e imparcialidade nascem sobre o mesmo âmbito de valores, mas a igualdade frente à lei é uma manifestação limitada diante da imparcialidade, que tende a aplicar-se de forma mais plena sobre o agir administrativo.<sup>52</sup>

A doutrina tem afirmado que a regra do art. 37, § 1º, da CF – que vincula a publicidade das obras, programas, obras, serviços e campanhas ao caráter educativo, informativo e de orientação social e veda a inserção de nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades e servidores públicos – descende diretamente do princípio da impessoalidade administrativa.<sup>53</sup> A regra visa conjugar dois princípios basilares da atividade administrativa: a publicidade e a impessoalidade. A publicidade é importante para a participação e controle dos cidadãos na gestão do patrimônio público, favorecendo a responsabilização do servidor público (ficando impedido de se camuflar com o manto da “conveniência” do segredo administrativo). A impessoalidade censura a publicidade que se desvia da finalidade pública.

Com efeito, a Constituição Federal não proíbe, nem poderia proibir, a publicidade dos atos, obras, programas e campanhas do Poder Público. Ao contrário, a Constituição privilegia a publicidade da atividade administrativa enquanto *regra de ouro num Estado Democrático de Direito*. Segundo o Ministro Celso de Mello, “o novo

49 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O Princípio Constitucional da Igualdade**. Belo Horizonte: Editora Lê, 1990. p. 85.

50 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 177.

51 CERRI, Augusto. Principi di legalità, imparzialità, efficienza. In: Lucio Lanfranchi (Org.). **Garanzie costituzionali e diritti fondamentali**. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1997. p. 185-186.

52 CERRI, Augusto. *Op. Cit.*, p. 187.

53 Nesse sentido: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 64.



## A NOÇÃO JURÍDICA DE INTERESSE PÚBLICO NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

estatuto político brasileiro – que rejeita o poder que oculta e não tolera o poder que se oculta – consagrou a publicidade dos atos e das atividades estatais como valor constitucionalmente assegurado, disciplinando-o, com expressa ressalva para as situações de interesse público, entre os direitos e garantias fundamentais.<sup>54</sup>

Relembre-se: interesse público como interesse coletivo primário; transparência na gestão do interesse público; impessoalidade no tratamento dos interesses da coletividade. Tudo isso leva ao processo (e ao procedimento) administrativo.

A doutrina mais recente tem considerado que o processo (e o procedimento) administrativo comporta-se como notável instrumento para enquadrar o interesse público enquanto interesse público primário e deixar às claras quando se trata, no caso concreto, do exercício da função orientada pelo interesse secundário. É o posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem “Na esfera administrativa, ganha relevo crescente o procedimento administrativo, obrigando-se a Administração a formalizar cuidadosamente todo o itinerário que conduz ao processo decisório. (...) a contrapartida do progressivo condicionamento da liberdade individual é o progressivo condicionamento do ‘modus procedendi’ da Administração”.<sup>55</sup>

Na década de 50, Feliciano Benvenuti, num curto artigo publicado na *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, abre novas portas para o estudo do procedimento.<sup>56</sup> Formula a frase emblemática: “o procedimento é a forma de uma função”. Entre o poder e o ato, há um hiato preenchido pela noção dinâmica de função, externada pelo procedimento. Sua tese complementou a de Aldo M. Sandulli.<sup>57</sup> A função é “[...] *un momento della concretizzazione del potere in atto*”. Em artigo posterior<sup>58</sup>, Feliciano Benvenuti explica que enquanto o ato administrativo é produtor de efeitos jurídicos, a função é a síntese do tempo e do espaço lógico, com relevância jurídica. A função, enquanto categoria jurídica, manifestar-se-ia quando houvesse uma formação sucessiva de atos que tivessem, ao menos, efeitos prodrômicos.<sup>59</sup>

Segundo moderna corrente italiana, o procedimento administrativo visa permitir à Administração Pública a valoração, de forma coordenada, de uma pluralidade de interesses, públicos ou privados, envolvidos na elaboração da decisão administrativa. Representa, portanto, um mecanismo de coordenação de interesses para a obtenção

54 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 284-DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para o Acórdão: Ministro Celso de Mello. Tribunal Pleno. 22 nov. 1992. *Diário de Justiça da União*, p. 10103, 26 jun. 1992.

55 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A democracia e suas dificuldades contemporâneas. *Revista de Direito Administrativo*, n. 212, Rio de Janeiro, abr./jun. 1998, p. 64-65.

56 BENVENUTTI, Feliciano. Funzione amministrativa, procedimento, processo. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milano, 1952, p. 118-145.

57 LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. *O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares*. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 47.

58 BENVENUTTI, Feliciano. Semantica di funzione. *JUS*, Milano, 1985, p. 3-19.

59 LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. *Op. Cit.*, p. 48.

do interesse coletivo primário (interesse público) com o menor sacrifício dos interesses secundários (estatais ou dos sujeitos privados).<sup>60</sup>

O ponto de partida é a viragem para a transparência da Administração como condição necessária para o controle procedimental da construção da decisão. Trata-se, como acentua David Duarte, de “controlar a decisão no seu evoluir gradual e de construção progressiva”.<sup>61</sup> No mesmo sentido assinala Carlos Ayres Britto.<sup>62</sup>

A atividade da Administração Pública orientada para o perseguimento do interesse público implica para o sujeito ativo o respeito ao princípio da imparcialidade e encontra no processo administrativo importante instrumento concretizador. Não basta, no entanto, agir de forma imparcial para que o interesse público reste atendido. É imperativo, ainda, agir em conformidade com a moralidade administrativa.

## 5. Interesse público e moralidade: ética, probidade e previsibilidade

Outro sustentáculo da noção jurídica de interesse público, tal qual delineada pelo sistema normativo-constitucional brasileiro, é o princípio da moralidade administrativa. Antecipando-se em muitos anos à atual Constituição, o Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho publicava, em 1974, ensaio monográfico tratando do controle da moralidade administrativa, com destaque para a imprescindibilidade do agir administrativo pautado em padrões éticos.<sup>63</sup>

Na doutrina estrangeira, a primeira menção à moralidade administrativa vem de Maurice Hauriou que a conceituou como um “conjunto de regras de condutas tiradas da disciplina interior da administração”.<sup>64</sup> Tal conceito, reiteradamente citado nos melhores tratados doutrinários, tem orientado gerações de juristas. É certo que os procedimentos dos agentes públicos, distinguindo seus atos pelo respeito às posturas éticas e morais, vai sedimentando, ao longo dos anos, elenco de regras a orientar e disciplinar a atividade administrativa.

A moral administrativa não guarda estrita compatibilidade com a chamada moral comum. Esta, diz Hauriou, é imposta ao homem para sua conduta interna; já a moral administrativa é imposta ao agente público para a sua conduta externa, segundo as

60 Giovanni Virga cita autores como Giannini, E. Cardì, A. Romano, Tedeschini e R. Villata. VIRGA, Giovanni. *La partecipazione al procedimento amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1998. p. 14-15.

61 DUARTE, David. *Procedimentalização: participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório*. Coimbra: Almedina, 1996. p. 40.

62 “A própria vida animal é dominada pelo princípio de que a função é que faz o órgão, numa típica relação de fim para meio; ou seja, a função comparece enquanto fim; e o órgão, enquanto meio. A significar, então, que todo prestígio do órgão é derivado, pois sua valiosidade fica na dependência do serviço que possa prestar à função. E o certo é que tudo isto se reproduz na estrutura anatómico-fisiológica dos órgãos que formam o aparelho do Estado. Ou eles funcionam bem, ou tendem a embotar. E pelo embotamento operacional assujeitam-se mais e mais a pressões sociais de pura e rasa extinção”. BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos Tribunais de Contas. In: Eros Roberto Grau; Sérgio Sérulo Cunha (Orgs.). *Estudos de direito constitucional: em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 100.

63 FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *O Controle da Moralidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 1974.

64 HAURIOU, Maurice. *Précis Élémentaire de Droit Administratif*. Paris: Recueil Sirey, 1926. p. 197 e ss.

## A NOÇÃO JURÍDICA DE INTERESSE PÚBLICO NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

exigências da instituição a que serve, e a finalidade de sua ação: o bem comum.<sup>65</sup> No mesmo influxo sustenta Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Catedrático da Universidad de La Coruña, na Espanha: “la Ética pública se circunscribe a la conducta de los agente públicos de acuerdo con la recta razón y teniendo como referencia la realización del bien común”<sup>66</sup>. Não há dúvida, portanto, quanto à íntima conexão entre a noção de interesse público e o princípio constitucional da moralidade administrativa: este tem como razão de ser a condução da Administração Pública ao bem comum.

Uma das facetas do princípio da moralidade administrativa consiste na exigência de um comportamento ético, honesto e probo por parte da Administração. É possível sustentar, nessa linha, que a afirmação da moralidade administrativa como princípio da Administração Pública juridiciza a ética na atividade administrativa. Introduce o conceito de boa administração,<sup>67</sup> da moral administrativa especializada em face da moral comum. Parafraçando o Ministro Marco Aurélio, “o agente público não só tem que ser honesto e probo, mas tem que mostrar que possui tal qualidade. Como a mulher de César”.<sup>68</sup> No mesmo sentido, já se manifestou o Ministro Celso de Mello<sup>69</sup>.

Não há como oferecer discordância à posição de Jesús González Pérez, segundo a qual a ética do homem público e da mulher pública deve ser a mesma ética para todos os homens e mulheres ao manterem relações com a Administração Pública<sup>70</sup>.

Com efeito, não se pode concordar com aqueles que defendem que a ética pública, levando em conta a reta razão e os interesses públicos, circunscreve-se tão-somente à conduta dos agentes públicos. Como bem aponta o Prof. Jaime Rodríguez-Araña Muñoz, a ética pública é dever imposto não só à Administração Pública e seus agentes, mas também a quem quer que se relacione com o Poder Público.<sup>71</sup>

O comportamento ético é, portanto, um *dever* de toda pessoa humana,<sup>72</sup> marcando, em definitivo, as pautas de conduta: dignidade do administrador e dignidade do

65 HAURIUO, Maurice. *Idem, Ibidem*.

66 MÚÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. **La dimensión ética**. Madrid: Dykinson, 2001. p. 281.

67 SUNDFELD, Carlos Ari. Procedimentos Administrativos de Competição. **Revista de Direito Público**, n. 83, São Paulo, jul./set. 1987. p. 114.

68 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 160.381-SP. Relator: Ministro Marco Aurélio. 2ª Turma. **RTJ** 153/1030.

69 “Não foi outro motivo que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao analisar a extensão do princípio da moralidade que domina e abrange todas as instâncias do poder proclamou que esse postulado, enquanto valor constitucional revestido de caráter ético-jurídico, condiciona a legitimidade e a validade de quaisquer atos estatais: ‘A atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente subordinada à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa. Esse postulado fundamental, que rege a atuação do Poder Público, confere substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos sobre os quais se funda a ordem positiva do Estado. O princípio constitucional da moralidade administrativa, ao impor limitações ao exercício do poder estatal, legitima o controle jurisdicional de todos os atos do Poder Público que transgridam os valores éticos que devem pautar o comportamento dos agentes e órgãos governamentais”. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 24458-DF. Relator: Ministro Celso de Mello. j. 18.2.2003. **Diário de Justiça da União**, 21.2.2003.

70 PÉREZ, Jesús González. **La ética en la Administración Pública**. Madrid: Civitas, 2000. p. 40.

71 MÚÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. **La dimensión ética**. Madrid: Dykinson, 2001. p. 281.

72 A Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Federal, no art. 2º, § único, inciso IV, impõe a todos uma “atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé”.

cidadão. Temos retratado a ética como uma semente que, incorporando valores ínsitos, plantada no homem desde a sua infância, ao germinar, produz um indivíduo ético na idade madura. Este indivíduo, ao exercer uma função pública haverá de trasladar para o ofício ou cargo as regras comportamentais éticas apreendidas<sup>73</sup>.

Além do dever de conduta ética, honesta e proba, outra faceta do princípio da moralidade, que muitas vezes queda olvidada por parcela da doutrina, reside na dimensão relativa à previsibilidade e à segurança jurídica.

A atuação da Administração Pública deve ser sempre marcada por uma pauta previsível, não havendo lugar para ciladas, rompantes ou açodamentos a caracterizar uma “administração de surpresas”. Submissa ao princípio da legalidade, conformadora da segurança jurídica, haverá de ser prestigiada a irretroatividade legal de preceitos mais gravosos, a previsão de regras de transição, a coisa julgada, a preclusão, a decadência, a usucapião, o direito adquirido e a vedação de aplicação retroativa de nova interpretação.<sup>74</sup> Do contrário, não há como se falar em interesse público.

O cidadão, ao dar início às solenidades que antecedem o exercício de uma atividade lícita e ao empenhar-se moral e financeiramente com o projeto dela decorrente, tem, de acordo com o princípio da moralidade, a certeza de um direito. A certeza do direito representa, pois, para o cidadão, uma visão confiante e antecipada do acolhimento de seu desejo ou de sua pretensão, uma vez cumpridos os requisitos exigidos, mercê do conjunto de regras estatuídas no ordenamento jurídico posto.

Em se tratando de Administração Pública, mostra-se inconcebível o desacolhimento a um pleito devidamente amparado em regra legal, não só pela frustração desse vínculo de confiança no império da lei estabelecida, mas, sobretudo, porque ao Estado não se permite inobservar o conjunto de regras por ele mesmo estabelecido. Por essa razão, o princípio da moralidade administrativa incide justamente na esfera do anseio de certeza e segurança jurídica, mediante a garantia da lealdade e boa-fé da Administração Pública, essenciais à concretização do interesse público. Daí porque tratar-se conjuntamente dos princípios da moralidade, da segurança jurídica e da boa-fé, eis que, embora sejam dotados de autonomia e caracterizem-se por conteúdos próprios, seus fundamentos e efeitos jurídicos ostentam inequívoca aproximação.

Celso Antônio Bandeira de Mello entende que o princípio da segurança jurídica “não pode ser radicado em qualquer dispositivo constitucional específico. É, porém, da essência do próprio Direito, notadamente de um Estado Democrático de Direito, de tal sorte que faz parte do sistema constitucional como um todo”.<sup>75</sup>

73 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Ética pública e Estado Democrático de Direito. *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, nº 3, San José: Las Asociaciones y el Instituto, 2003, p. 58.

74 Previsão constante do art. 2º, XIII da Lei nº 9.784/99.

75 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 118. Em sentido contrário, José Roberto Vieira entende presente expressamente tal princípio, seja por sua menção no preâmbulo da Constituição, seja pela menção, no caput do art. 5º, sob a forma de direito fundamental. VIEIRA, José Roberto. Princípios

## A NOÇÃO JURÍDICA DE INTERESSE PÚBLICO NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

Tal princípio, na precisa formulação de Angela Cassia Costaldello, “traduz o sentimento de justiça que deve ser preservado através da manutenção de circunstâncias consolidadas, que tenham atingido a esfera individual ou se relacionem a interesses da sociedade. Na doutrina e na jurisprudência, o termo, em regra, é utilizado para fundamentar a proteção de direitos pela imutabilidade das situações e relações jurídicas estabelecidas”.<sup>76</sup>

Os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima estão inobjetavelmente interligados, conforme atesta José Joaquim Gomes Canotilho<sup>77</sup>. Para o alcance do desiderato colimado pelo mestre lusitano, não se pode olvidar a idéia de previsibilidade, que consiste no prévio conhecimento pelos interessados das intenções da Administração.

Não é raro na seara administrativista a *segurança jurídica*, a *proteção à confiança* e a *boa-fé* serem tratados como institutos análogos. O tema é aclarado por Jesús González Pérez:

Realmente no existe una clara diferencia entre el principio de confianza legítima y de la buena fe. A veces se considera este una implicación de aquél y, por lo general, se invocan indiscriminadamente en relación con situaciones idénticas para producir los mismos efectos. En el ámbito del Derecho administrativo, el principio de buena fe ha permitido otorgar al administrado una protección similar a la que ha otorgado fuera de nuestro Ordenamiento jurídico el principio de confianza legítima. Quizás, después de muchos esfuerzos, puedan, extremando la pulcritud de conceptos, encontrar esferas a las que no llega la protección del principio de la confianza legítima y sí el de la buena fe, y esferas a las que no llega la protección de este, pero sí el de aquél.<sup>78</sup>

É nessa linha que Ana Cláudia Finger, em excelente estudo monográfico sobre o princípio da boa fé no direito administrativo, ressalta que “a boa-fé atua como um elemento norteador da hermenêutica das relações de administração, fundada na proteção da confiança, ante o dever de lealdade, de correção e de respeito mútuos que deve imperar nessas relações”<sup>79</sup>. Boa-fé, segurança jurídica, moralidade e proteção à confiança são idéias que pertencem à mesma constelação de valores, na feliz expressão de Almiro do Couto e Silva.<sup>80</sup>

constitucionais e Estado de Direito. Revista de Direito Tributário, v. 14, n. 54, São Paulo, out./dez. 1990, p. 98.

76 COSTALDELLO, Angela Cassia. **A invalidade dos atos administrativos e uma construção teórica frente ao princípio da estrita legalidade e da boa-fé**. 1998. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1998. f. 33.

77 “O homem precisa de segurança para conduzir, planificar e conformar autónoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da protecção da confiança como elementos constitutivos do Estado de direito”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 256.

78 PÉREZ, Jesús González. **El principio general de la Buena Fe en el Derecho Administrativo**. Madrid: Civitas, 2004. p. 68-69.

79 FINGER, Ana Cláudia. **O princípio da boa-fé no direito administrativo**. 2005. 157 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005. f. 49.

80 SILVA, Almiro do Couto e. **O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e**

A boa-fé e a lealdade, como expressões do princípio constitucional da moralidade administrativa, têm um fértil campo de atuação no direito administrativo, podendo manifestar-se: (a) no exercício de poderes e faculdades com relação ao tempo, exigindo-se a fixação de prazos adequados para cumprimento da prestação, vedando a imposição de obstáculo resultante de um comportamento desleal;<sup>81</sup> (b) no estabelecimento de uma atuação procedimental leal em que a Administração e o cidadão relacionem-se de forma clara, a partir de capítulos e pontos numerados que não revelem uma pauta imprevisível; (c) no dimensionamento do procedimento a partir de um formalismo moderado a fim de evitar a sucessiva e interminável possibilidade de oposições; (d) na convalidação das nulidades sanáveis: os erros de procedimento devem ser corrigidos imediatamente.<sup>82</sup>

Um exemplo é capaz de explicitar a relação de intimidade entre o princípio constitucional da moralidade administrativa e a noção jurídica de interesse público: a estabilidade que adquire o ato administrativo inquinado de nulidade, quando dele decorrerem direitos aos seus destinatários. A vedação à anulação do ato – decorrência do princípio da moralidade, na dimensão da previsibilidade – constitui emanção do próprio interesse público<sup>83</sup>.

Tal estabilidade do ato administrativo se alcançará justamente nas situações em que: (i) já houver decorrido o prazo prescricional (ou decadencial, com preferência pela doutrina) para a invalidação do ato por parte da Administração – o que se revela como uma exigência do princípio da segurança jurídica; (ii) ainda que não escoado o prazo, o ato tiver conferido uma ampliação aos direitos do indivíduo imbuído de boa-fé, após um período de tempo razoável, de modo que, se fosse promovida a sua anulação, haveria uma ofensa ainda maior ao interesse público.

Quanto à primeira circunstância capaz de conferir estabilidade ao ato garantidor de direitos – decurso de prazo prescricional (ou decadencial) –, está prevista no direito brasileiro no art. 54 da Lei Federal nº 9.784/99, que dispõe sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Pública federal e aplica-se, ao nosso ver,

---

o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, n. 2, p. 2, abr./jun. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-2-ABRIL-2005-ALMIRO%20DO%20COUTO%20E%20SILVA.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2010.

81 PÉREZ, Jesús González. *Op. Cit.*, p. 102. A fixação de prazo adequado para o cumprimento do atos administrativos processuais recebeu proteção no §2º, do art. 26, da Lei 9.784/99 que, embora não tenha caráter principiológico, pode ser aplicado subsidiariamente no processo administrativo disciplinar, na hipótese de ausência de regra específica: “A intimação observará a antecedência mínima de três dias úteis quanto à data de comparecimento”.

82 Com razão, Juarez Freitas sublinha a íntima relação do princípio da confiança ou boa-fé para solver o problema da imprescritibilidade e da eventualíssima não-decretação de nulidade dos atos administrativos, ambos em correlação temática, com o intuito de fixar limites à cogência anulatória de atos maculados por vícios originários. FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 75.

83 O tema foi tratado com maior profundidade em: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A estabilidade do ato administrativo criador de direitos à luz dos princípios da moralidade, da segurança jurídica e da boa fé. In: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz; Victor Leonel Benavides Pinilla; Javier Ernesto Scheffer Tuñón; Miguel Ángel Sendin García. (Org.). **El acto administrativo como fuente del Derecho Administrativo en IberoAmérica**. Panamá: Congrex, 2009. p. 137-156.

subsidiariamente às esferas estadual e municipal quando não houver lei específica a tratar do tema. Dispõe o precitado dispositivo: “*Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé*”. Assim, havendo boa-fé, a Administração Pública encontra-se vedada de invalidar atos administrativos que prevejam ou ampliem direitos ao cidadão após o prazo de cinco anos.

Todavia, conforme já afirmado, nem sempre será imprescindível o escoamento do prazo prescricional (ou decadencial) para que se reconheça a estabilização do ato administrativo. Há casos em que a conjugação dos princípios da segurança jurídica, da boa-fé e da moralidade administrativa constituirão uma verdadeira “barreira ao dever de invalidar”<sup>84</sup> o ato viciado. São as hipóteses em que o ato administrativo amplia direitos ou concede benefícios ao cidadão, e nas quais já tiver decorrido um período de tempo capaz de consolidar situações jurídicas. Impende, portanto, a existência cumulativa de alguns requisitos, conforme propõe Weida Zancaner, quais sejam: “haver decorrido certo lapso de tempo desde a instauração da relação viciada; existência de uma regra ou princípio de Direito que lhe teria servido de amparo se houvesse sido validamente constituída; e boa-fé por parte do beneficiário”<sup>85</sup>.

Do exemplo, extrai-se que, muito embora em um primeiro momento a proibição de anulação do ato viciado pudesse parecer uma exigência de interesse privado, individual, exclusivo do destinatário do ato, uma análise mais acurada conduz à inafastável conclusão de que, na hipótese, foi o interesse público que prevaleceu. Se o interesse público é deduzido do próprio direito positivo, mormente da essência constitucional, e se a estabilidade do ato criador de direitos decorre do princípio da moralidade administrativa, inscrito no texto da Constituição, logo, o respeito à boa-fé, à segurança jurídica e à confiança legítima do cidadão – explicitações do princípio da moralidade – constitui inequivocamente o atendimento ao interesse público.

## **6. Interesse público e publicidade: meios públicos ou transparentes**

Acentuando o aspecto formal, o interesse público corresponde ao princípio da publicidade, consignado no art. 37, *caput*, como princípio da atividade administrativa. Interesse público é o interesse transparente, acessível ao público.

Interesse público antagoniza-se com interesse secreto. Público designa publicidade de fins e de meios.<sup>86</sup> Carlos Ari Sunfeld ressalta que “a ampla publicidade no aparelho estatal é princípio básico e essencial ao Estado Democrático de Direito, que favorece o

---

84 ZANCANER, Weida. *Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 62.

85 ZANCANER, Weida. *Idem, Ibidem*.

86 *Prima facie* porque, em casos excepcionais, a Constituição protege o campo do segredo, nos termos do art. 5º, inciso XXXIII.

indispensável controle, seja em favor de direito individual, seja para a tutela impessoal dos interesses públicos.”<sup>87</sup> Como a Administração não maneja interesses, poderes ou direitos pessoais, exsurge o dever da transparência: “o povo, titular do poder, tem direito de conhecer tudo o que concerne à Administração, de controlar passo a passo o exercício do poder.”<sup>88</sup>

A lição segundo a qual a publicidade dos fins não justifica o segredo dos meios não passou despercebida na doutrina italiana, como exemplifica Andrea Pubusa: “O segredo colocava-se como corolário natural de uma administração concebida como separada dos cidadãos, de fato, segredo significa ‘separado’, ‘distinto’. Diante da indeterminação e da generalidade do conteúdo do segredo administrativo, ele assumia o papel de instrumento de separação, de distinção da administração e da sociedade e dos demais poderes”.<sup>89</sup>

Pôr às claras os mecanismos inerentes ao processo do poder não é tão simples como, a princípio, pode parecer. Afinal, os detentores do poder oficial são órgãos, autoridades e funcionários encarregados pela Constituição ou ainda por outro documento formal de desempenhar determinadas funções no interesse da sociedade estatal. Nesta medida, “o poder político que eles exercem está unido ao cargo, e somente por meio do cargo atribui-se o domínio ao seu detentor. No sistema político do constitucionalismo, o poder está despersonalizado e separado da pessoa, o poder é inerente ao cargo e independente da pessoa que em um dado momento o exerce.”<sup>90</sup>

Na doutrina italiana, tem-se afirmado que a informação corresponde a um princípio avançado de transparência que deve conduzir a uma Administração “*dai cassetti aperti*” (de gavetas abertas) ou como uma “*casa di vetro*” (casa de vidro)<sup>91</sup>, pressupondo, porém, algumas janelas fechadas (nas hipóteses excepcionais em que o sigilo é protegido).<sup>92</sup> Nesta senda, comentando a Lei Italiana 241, de 07 de agosto de 1990, Ignazio Francesco Caramazza assevera que ela enuncia o princípio da transparência da ação administrativa mediante o reconhecimento do acesso aos documentos administrativos.<sup>93</sup> O segredo administrativo deixa de ser um cânone fundamental de organização e uma garantia para tranquilidade do funcionário, transformando-se em exceção.<sup>94</sup>

Portanto, para alcançar o interesse público, a gestão administrativa deve ser

87 SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 171.

88 SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio da publicidade administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, n. 199, Rio de Janeiro, jan./mar. 1995, p. 98.

89 PUBUSA, Andrea. *Op. Cit.*, p. 61-63.

90 LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. 4. ed. Barcelona: Ariel, 1986. p. 36.

91 CARAMAZZA, Ignazio Francesco. Dal Principio di Segretezza al Principio di Trasparenza: Profili Generali di una Riforma. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, n. 4, Milano, 1995, p. 943-944.

92 VILLATA, Riccardo. La trasparenza dell'azione amministrativa. **Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Amministrativo**, v. 4, Milano, dic./1987, p. 532-533.

93 CARAMAZZA, Ignazio Francesco. *Op. Cit.*, p. 943.

94 CARAMAZZA, Ignazio Francesco. *Op. Cit.*, p. 945 e 957.



transparente, garantindo a todos o controle de sua validade e eficácia, porque a coisa administrada é pública. O fundamento do princípio da publicidade, expresso no *caput* do art. 37, da Constituição de 1988, reside na necessária correspondência entre publicidade da titularidade do bem e publicidade na sua gestão.<sup>95</sup> Repousa, assim, sobre a noção jurídica de interesse público.

### **7. Interesse público e eficiência: função, dever e competência**

A quinta dimensão que compõe a noção jurídica de interesse público ora proposta consiste no princípio da eficiência<sup>96</sup>, compreendido como o dever da Administração Pública de agir, exercendo as funções que lhe são outorgadas para cumprir um dever jurídico, atendendo fielmente – e de forma produtiva – à finalidade subjacente à norma. Cuida-se do obrigatório exercício das competências administrativas, da forma mais diligente possível.

Renato Alessi sustenta que o exercício do poder (enquanto poder dirigido à realização de finalidades sociais) apresenta-se como objeto de um dever para o sujeito nele investido. O poder estatal, porque dirigido à finalidade de interesse coletivo e enquanto objeto de um dever jurídico relativo à sua manifestação, constitui uma função estatal.<sup>97</sup> Trata-se de legado do Direito Administrativo contemporâneo.

Para Salvatore Piraino, na função, o dever surge como elemento essencial do poder, enquanto reflete a peculiar ligação com determinados interesses, traduzindo-se na necessidade de ação. O dever representa o elemento de “sutura” entre poder e interesse, resolvendo-se na obrigação de um comportamento determinado quanto ao seu objeto e ao seu resultado.<sup>98</sup>

Na mesma linha, Santi Romano cunhou a idéia de potestade destinada à prossecução de um interesse alheio ou objetivo como função.<sup>99</sup> Assim, “competência ou complexo de poderes funcionais cometidos ao órgão, parcela de poder público que lhe cabe”.<sup>100</sup> A competência, “historicamente imbricada com o emergir do constitucionalismo moderno e com a idéia de separação (ou, depois, divisão) de poder”, “liga-se, ao mesmo tempo, a um postulado elementar de racionalidade e de operacionalidade.”<sup>101</sup>

O dever do administrador de exercitar de forma eficiente as competências que lhe são conferidas pelo ordenamento jurídico é relacionado de modo evidente à consecução

95 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Op. Cit.*, p. 90.

96 Sobre o tema, ver GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

97 ALESSI, Renato. *Op. Cit.*, p. 3.

98 PIRAINO, Salvatore. **La funzione amministrativa fra discrezionalità e arbitrio**. Milano: Giuffrè, 1990. p. 34. Nas palavras do autor, “*la considerazione che il potere-dovere caratterizzi la funzione non rende conseguente il fatto che la posizione soggettiva, che accede alla funzione, sia esclusivamente il potere inteso come potestà.*”

99 LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. *Op. Cit.*, p. 51.

100 MIRANDA, Jorge. *Op. Cit.*, p. 53.

101 MIRANDA, Jorge. *Op. Cit.*, p. 55.

do interesse público, como constata Jorge Miranda: “Há uma funcionalização ao interesse público mediatizado pela norma jurídica. E são essas finalidades objectivas que comandam, portanto, o exercício da competência, na latitude variável de liberdade dos critérios de decisão correspondentes às diversas funções do Estado ou aos diversos tipos de actos”<sup>102</sup>.

Como retrata João Carlos Simões Gonçalves Loureiro na doutrina portuguesa, mas com absoluta pertinência no Direito brasileiro, “as funções são, assim, poderes que tutelam um interesse que não o do titular e cujo exercício está vinculado em muitos aspectos. No caso da Administração, essas limitações resultam do interesse público, configurando-se os poderes como verdadeiros poderes-deveres, distintos dos direitos subjetivos.”<sup>103</sup> E continua o autor, afirmando que: “O poder está funcionalizado a um interesse público que constitui o interesse primário. Em abstracto, a autoridade deve procurar maximizar o interesse primário. Em concreto, concorrem outros interesses públicos e também privados - interesses secundários - que devem ser considerados”.<sup>104</sup>

Na síntese de Gianinni, a atividade administrativa é uma atividade executiva no sentido de que a Administração está vinculada ao interesse canonizado na norma.<sup>105</sup> Por essa razão, “a competência traduz-se numa *autorização* ou *legitimação* para a prática de actos jurídicos (aspecto positivo) e num *limite* para essa prática (aspecto negativo)”<sup>106</sup>.

Franco Bassi enquadra a função como noção-base no estudo do Direito Administrativo. O autor informa que, etimologicamente, a palavra função deriva do latim *fungor* (servir-se de, usar) e significa o uso de alguma coisa. Em linguagem jurídica, a função jurídica pode ser definida como “exercício de um poder para o fim de emanar um ato.” Emerge daqui a estreita conexão entre função e poder.<sup>107</sup>

O poder é um conceito essencialmente objetivo, pois indica uma situação jurídica no seu ser. Já a função é um conceito dinâmico, porque descreve uma situação jurídica no seu dever. Ambos ilustram dois aspectos do mesmo fenómeno jurídico.<sup>108</sup> O conceito de função – exercício de um poder atrelado necessariamente a uma finalidade estranha ao agente – impede o entendimento da discricionariedade administrativa como liberdade de conduta, e afivela a atuação do administrador ao interesse público. “A inexistência de um procedimento formalizado não equivale à liberdade de conduta da Administração. Com efeito, a discricionariedade está marcada pela juridicidade, correspondendo sempre a uma actividade vinculada ao interesse público, isto é, finalmente vinculada”<sup>109</sup>.

102 MIRANDA, Jorge. *Op. Cit.*, p. 56.

103 LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. *Op. Cit.*, p. 51.

104 LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. *Op. Cit.*, p. 52.

105 SOARES, Rogério. **Interesse público, legalidade e mérito**. Coimbra: Coimbra, 1955. p. 120.

106 MIRANDA, Jorge. *Op. Cit.*, p. 58.

107 BASSI, Franco. **Lezioni di diritto amministrativo**. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1995. p. 22.

108 BASSI, Franco. *Op. Cit.*, p. 32.

109 LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. *Op. Cit.*, p. 58. Para Fernando Gustavo Knoerr e Cibele Fernandes Dias Knoerr, “transferindo a causalidade para o panorama da vinculação *versus* discricionariedade, nota-se que a vinculação

Desse modo, o princípio da eficiência no exercício das funções integra a noção jurídica de interesse público, uma vez que a Administração, ao desempenhar as competências que lhe são atribuídas pelo sistema normativo de modo diligente e voltado à plena satisfação da finalidade prevista na norma, dirige-se ao alcance exitoso de um resultado insito ao interesse da coletividade. Se o interesse coletivo primário, como já asseverado, reside no direito positivo, o Poder Público, ao agir com eficiência para cumprir a finalidade das normas inscritas no ordenamento, nada mais faz do que conduzir-se diligentemente em direção à realização plena do interesse público.

### **8. Conclusão: uma proposta de definição jurídica de interesse público**

Com base nas considerações anteriormente expendidas, é possível esboçar uma proposta de definição da noção jurídica de interesse público no sistema normativo pátrio. À luz das teorizações de Celso Antônio Bandeira de Mello e Renato Alessi, associadas às emanações principiológicas que a Constituição Federal de 1988 fez espargir, pode-se asseverar que no Direito Administrativo brasileiro:

(i) quanto à sua *estrutura*, o interesse público corresponde ao interesse coletivo primário, compreendido como o conjunto de interesses da coletividade, e dos cidadãos enquanto membros dessa coletividade; os interesses secundários, que retratam os interesses do aparato administrativo estatal, só configurarão interesse público quando coincidirem com o interesse coletivo primário, e nos limites dessa coincidência, hipótese em que deverão ser perseguidos pela Administração;

(ii) quanto ao seu *conteúdo*, o interesse público encontra-se plasmado no direito positivo, que qualifica determinados interesses como públicos ao tutelá-los, revelando-se como elementos que compõem o seu núcleo fundamental: (a) a *juridicidade* e a *legalidade* administrativas, cujo respeito implica no cumprimento da lei em sentido formal e do sistema jurídico como um todo, notadamente da Constituição Federal; (b) a *impessoalidade* administrativa, pois se a Administração age em nome da coletividade, sua atuação não pode estar atrelada a favorecimentos ou perseguições personalizadas; (c) a *moralidade* administrativa, que impõe o dever de atuação ética, proba e previsível; (d) a *publicidade* administrativa, já que o interesse da coletividade exige meios transparentes e divulgação da gestão dos bens jurídicos que pertencem a todos; (e) a *eficiência* administrativa, visto que a realização plena de todos os componentes anteriores pressupõe o exercício diligente das competências que são conferidas à Administração Pública.

Partindo-se dessa noção jurídica, não há qualquer dificuldade de se sustentar

---

nasce de uma relação de causalidade imediata, ou seja, a lei é a causa única, da qual o ato é mera consequência. Na discricionariedade, por sua vez, a relação de causalidade é mediata, pois entre a lei (causa) e o ato (consequência) existe a avaliação do administrador diante do caso concreto.” KNOERR, Fernando Gustavo; KNOERR, Cibele Fernandes Dias. Efeitos da vinculação e da discricionariedade. In: Edgar Guimarães (Org.). **Cenários do direito administrativo**: estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 267.

a supremacia do interesse público. Se, como visto, o interesse público representa os interesses da coletividade – aí incluídos os interesses individuais tutelados pelo ordenamento jurídico –, e o seu conteúdo nuclear é composto por princípios constitucionais, a afirmação de sua supremacia só pode significar a própria afirmação da supremacia da Constituição.

Qualquer ação ou omissão do Poder Público que violar os mandamentos constitucionais – inclusive e especialmente a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais – estará atingindo parcela do núcleo do interesse público: a *juridicidade*, visto que tais valores estão consagrados juridicamente no ordenamento jurídico-constitucional. O mesmo se diga em relação a interesses individuais juridicamente tutelados, como no caso referido da vedação de anulação de um ato administrativo maculado de vício, quando dele decorrerem direitos ao seu destinatário. A estabilização do ato não representará prevalência do interesse particular do indivíduo beneficiado, mas sim do interesse público, uma vez que do contrário se estaria violando a *moralidade* administrativa. Da mesma sorte, qualquer inobservância injustificada dos princípios da *impessoalidade*, *publicidade* e *eficiência* implicará afronta ao interesse público.

Tais exemplos prestam-se a evidenciar que, se bem compreendida a noção jurídica de interesse público, a afirmação de sua supremacia não ostenta qualquer incompatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro. O que não se pode é empreender uma visão cega e apoucada da acepção jurídica de “interesse público”, sob pena de se cometer graves equívocos quanto à sua compreensão, e inferir que, em determinados casos, é o interesse privado que irá prevalecer, quando na realidade é o próprio interesse público que está a preponderar.

Compreensões dessa natureza são conducentes ao triste destino que fatidicamente experimentaram a galinha, o porco, e a vaca, ao sustentarem que o problema da ratoeira, por não lhes afetar diretamente, não constituía interesse público, e deixarem prevalecer seus interesses particulares. Em qualquer sociedade – seja de animais ou de seres humanos – é imprescindível assegurar a supremacia do interesse da coletividade, como condição da própria sobrevivência dos interesses dos indivíduos.

# A NOÇÃO JURÍDICA DE INTERESSE PÚBLICO NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

## 9. Referências bibliográficas

- ALESSI, Renato. *Principi di diritto amministrativo: i soggetti attivi e l'esplicazione della funzione amministrativa*. t. I. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1978.
- ÁVILA Humberto Bergmann. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. In: Daniel Sarmiento (Org.). *Interesses públicos versus intereses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A estabilidade do ato administrativo criador de direitos à luz dos princípios da moralidade, da segurança jurídica e da boa fé. In: Jaime Rodríguez-Arana Muñoz; Victor Leonel Benavides Pinilla; Javier Ernesto Scheffer Tuñón; Miguel Ángel Sendín García. (Org.). *El acto administrativo como fuente del Derecho Administrativo en IberoAmérica*. Panamá: Congrex, 2009.
- Ética pública e Estado Democrático de Direito. *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, nº 3, San José: Las Asociaciones y el Instituto, 2003.
- Processo Administrativo Disciplinar*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- BASSI, Franco. *Lezioni di diritto amministrativo*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1995.
- BENVENUTTI, Feliciano. Semantica di funzione. *JUS*, Milano, 1985.
- Função administrativa, procedimento, processo. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milano, 1952.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 284-DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para o Acórdão: Ministro Celso de Mello. Tribunal Pleno. 22 nov. 1992. *Diário de Justiça da União*, p. 10103, 26 jun. 1992.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 24458-DF. Relator: Ministro Celso de Mello. j. 18.2.2003. *Diário de Justiça da União*, 21.2.2003.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 160.381-SP. Relator: Ministro Marco Aurélio. 2ª Turma. *RTJ* 153/1030.
- BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos Tribunais de Contas. In: Eros Roberto Grau; Sérgio Sérulo Cunha (Orgs.). *Estudos de direito constitucional: em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- CAMPOS, Germán J. Bidart. Los bienes colectivos en el derecho constitucional de los derechos humanos. In: Eros Roberto Grau; Sérgio Sérulo Cunha (Orgs.). *Estudos de direito constitucional: em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995.
- Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2000.
- MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.
- CARAMAZZA, Ignazio Francesco. Dal Principio di Segretezza al Principio di Trasparenza: Profili Generali di una Riforma. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 4, Milano, 1995.
- CERRI, Augusto. Principi di legalità, imparzialità, efficienza. In: Lucio Lanfranchi (Org.). *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1997.
- COSTALDELLO, Angela Cassia. *A invalidade dos atos administrativos e uma construção teórica frente ao princípio da estrita legalidade e da boa-fé*. 1998. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1998.

- DELPIAZZO, Carlos E. *Dignidad humana y derecho*. Montevideo: Universidad de Montevideo, 2001.
- DEWEY, John. *A filosofia em reconstrução*. Tradução de Eugênio Marcondes Rocha. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1958.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- DUARTE, David. *Procedimentalização: participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório*. Coimbra: Almedina, 1996.
- EISENMANN, Ch. O Direito Administrativo e o Princípio da Legalidade. *Revista de Direito Administrativo*, n. 56, Rio de Janeiro, abr./jun. 1959.
- ENTERRÍA, Eduardo García de. *Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho*. Madrid: Civitas, 1986.
- ESPANHA. *Constitucion y Tribunal Constitucional (1978)*. Madrid: Civitas, 1995.
- FERRAZ, Sérgio. Regulação da economia e livre concorrência: uma hipótese. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, n. 1, jan./fev./mar. 2003.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- Processo e Procedimento Administrativo. In: *Perspectivas do Direito Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- FINGER, Ana Cláudia. *O princípio da boa-fé no direito administrativo*. 2005. 157 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005.
- FORGES, Jean Michel de. *Droit Administratif*. Paris: Presses Universitaires de France, 1993.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. Os direitos administrativos e os direitos processuais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 111, jan./mar. 1973.
- Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1979.
- O Controle da Moralidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 1974.
- FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. Sobre a legitimação pelos direitos humanos. In: Jean-Cristophe Merle; Luiz Moreira (orgs.). *Direito e legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003.
- HAURIOU, Maurice. *Précis Élémentaire de Droit Administratif*. Paris: Recueil Sirey, 1926.
- KNOERR, Fernando Gustavo; KNOERR, Cibele Fernandes Dias. Efeitos da vinculação e da discricionariedade. In: Edgar Guimarães (Org.). *Cenários do direito administrativo: estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- LECLERQ, Claude; CHAMINADE, André. *Droit Administratif*. 3ª ed. Paris: Litec, 1992.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. 4. ed. Barcelona: Ariel, 1986.
- LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. *O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares*. Coimbra: Coimbra, 1995.
- MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A democracia e suas dificuldades contemporâneas. *Revista de Direito Administrativo*, n. 212, Rio de Janeiro, abr./jun. 1998.

A NOÇÃO JURÍDICA DE INTERESSE PÚBLICO NO DIREITO  
ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

- A noção jurídica de “interesse público”. In: \_\_\_\_\_. *Grandes Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- Curso de direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: actividade constitucional do Estado*. t. V. Coimbra: Coimbra, 1997.
- MORAIS, José Luis Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais: o estado e o direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.
- MÚÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. *La dimensión ética*. Madrid: Dykinson, 2001.
- PÉREZ, Jesús González. *El principio general de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, 2004.
- La ética en la Administración Pública*. Madrid: Civitas, 2000.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao Direito Civil constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- PIRAINO, Salvatore. *La funzione amministrativa fra discrezionalità e arbitrio*. Milano: Giuffrè, 1990.
- PUBUSA, Andrea. *Diritti dei cittadini e pubblica amministrazione*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1996.
- RIBEIRO, Maria Teresa de Melo. *O princípio da imparcialidade da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1996.
- RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O Princípio Constitucional da Igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1990.
- Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- SALOMONI, Jorge Luis. Impacto de los Tratados de Derechos Humanos sobre el Derecho Administrativo Argentino. In: \_\_\_\_\_; Romeu Felipe Bacellar Filho; Domingo Juan Sesín. *Ordenamientos internacionales y ordenamientos administrativos nacionales: jerarquía, impacto y derechos humanos*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006.
- SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus intereses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais. In: Daniel Sarmento (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 2, p. 2, abr./jun. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-2-ABRIL-2005-ALMIRO%20DO%20COUTO%20E%20SILVA.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2010.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SOARES, Rogério. *Interesse público, legalidade e mérito*. Coimbra: Coimbra, 1955.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. São Paulo: Malheiros, 1992.

Princípio da publicidade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, n. 199, Rio de Janeiro, jan./mar. 1995.

Procedimentos Administrativos de Competição. *Revista de Direito Público*, n. 83, São Paulo, jul./set. 1987.

VIEIRA, José Roberto. Princípios constitucionais e Estado de Direito. *Revista de Direito Tributário*, v. 14, n. 54, São Paulo, out./dez. 1990.

VILLATA, Riccardo. La trasparenza dell-azione amministrativa. *Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Amministrativo*, v. 4, Milano, dic./1987.

VIRGA, Giovanni. *La partecipazione al procedimento amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1998.

ZANCANER, Weida. *Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1996.



# FENÓMENO ESTATAL, CONSTITUCIÓN Y DEMOCRACIA

Jorge Fernández Ruiz





## FENÓMENO ESTATAL, CONSTITUCIÓN Y DEMOCRACIA

Jorge Fernández Ruiz<sup>1</sup>

**SUMARIO: PARTE PRIMERA. EL ESTADO** 1. Introducción; 2. El surgimiento del estado; 3. El nombre de estado; 4. Elementos del estado; 5. La definición de estado; 6. Persona y personalidad jurídica; 6.1. La persona; 6.2. La personalidad jurídica; 7. Personalidad jurídica del estado; 8. Formas de estado; 8.1. La forma unitaria de Estado; 8.2. Las formas complejas de Estado; 8.2.1. El Estado federal; 8.2.2. El Estado unitario descentralizado; 8.2.3. La confederación de Estados; 9. Centralización y descentralización políticas; 10. La crisis del estado; **SEGUNDA PARTE. La constitución. TERCERA PARTE. La democracia** 1. La democracia como forma de estado; 2. La democracia como forma de gobierno; 3. La democracia como forma de vida; 4. Teoría elitista de la democracia; 5. La democracia en la constitución mexicana; 6. Democracia: utopía o realidad; 7. La democracia representativa; **CUARTA PARTE. Conclusiones. Bibliografía.**

### PARTE PRIMERA

#### EL ESTADO

##### I. Introducción

En las tinieblas de la prehistoria no se percibe la existencia del Estado, pues la humanidad trashumante no lo conoció, por ser éste un fenómeno social característico de la vida sedentaria humana, ya que las organizaciones sociales nómadas no requirieron del ente estatal, entre cuyos más importantes antecedentes históricos figuran la *polis* griega y la *civitas* romana, que fueron precedidas por otros modelos de estados primitivos asentados en diversas regiones, como Egipto y la Mesopotamia.

##### 2. El surgimiento del estado

En los términos de la teoría determinista del origen del Estado, éste nace cuando la sociedad llega a cierto grado de desarrollo que provoca su división en razón de los intereses antagónicos e irreconciliables de las clases que lo integran, y para que éstas

---

<sup>1</sup> Abogado por la Universidad de Guadalajara, Licenciado en Economía por el instituto Politécnico nacional, Maestro en Administración Pública por el Instituto de Estudios Superiores en Administración Pública, Doctor en Derecho por la UNAM

Ha sido profesor en: La Licenciatura de la escuela superior de economía del I.P.N., La Sección de graduados de la misma escuela, la Licenciatura en la Facultad de Derecho de la UNAM, En el sistema universidad abierta, facultad de derecho UNAM, en la división de posgrado de la misma facultad, en la Maestría en derecho Público: Universidad Autónoma de Nayarit, en la maestría en derecho constitucional y administrativo: escuela nacional de estudios profesionales ACATLAN-UNAM, Recipiendario de la Cátedra Especial "Antonio Carrillo Flores" y en la Cátedra de excelencia Académica Nivel III por la facultad de Derecho de la UNAM.

Investigador Titular "c" definitivo de tiempo completo del instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores.

no se exterminen a sí mismas en luchas estériles, resulta indispensable la existencia de un poder capaz de someter a la sociedad entera, y de manejar el conflicto o mantenerlo dentro de un *stato quo*. Y ese poder nacido de la sociedad, pero que se pone por encima de ella y se le hace cada vez más extraño, es el Estado”<sup>1</sup>.

### 3. El nombre de estado

El ente estatal existió durante largos siglos sin que se le denominara Estado, los griegos lo llamaron *polis*, los romanos, primero le dijeron *civitas*, posteriormente *res-publica* y, finalmente, *imperium*. En la Edad Media se usaron los vocablos *land*, *terrae* y *burg*, de connotación territorial, junto con los de *reich*, reino o imperio, con sentido de poder, para hacer referencia al fenómeno estatal medieval.

Ya en el siglo XV empieza a generalizarse en Italia el uso de la palabra *stato*; los embajadores de las repúblicas italianas de aquella época utilizaban los vocablos *lo stato* para aludir al conjunto de funciones permanentes de un gobierno; poco más tarde, con la palabra *stato* se hacía referencia al territorio en donde ejercía su poder un gobierno: *Stato di Napoli*, *Stato di Firenze*, *Stato di Roma*, *Stato di Genova*, por ejemplo. Nicolás Maquiavelo inicia el primer capítulo de *El príncipe* –publicado en 1513–, con la frase: “Todos los Estados, todas las dominaciones que han ejercido y ejercen soberanía sobre los hombres, han sido y son repúblicas o principados.”<sup>2</sup> De esta manera, implícitamente señala en su célebre obra que el Estado es el género y la forma de gobierno, la especie.

### 4. Elementos del estado

Entre los elementos esenciales del Estado destaca el pueblo compuesto por un conjunto de seres humanos, pues es imposible un ente estatal sin un substrato poblacional con entidad, o sea, provisto de un modo de ser específico; con identidad –en el sentido de unidad de lo múltiple–, traducidos en su idiosincrasia, producto de un proceso asociativo basado en vínculos de raza, de tradición, de cultura, de ideales, de intereses, de vicisitudes y padecimientos comunes; Estados hay con menos de cien mil habitantes, mas ciento veinte mil individuos reunidos en un evento deportivo internacional no constituyen el elemento poblacional de un Estado, por tratarse de un conglomerado humano reunido casual y efímeramente, desprovisto de entidad, identidad e idiosincrasia; en cambio, el pueblo, como elemento de todo Estado, se caracteriza por su asentamiento permanente en un territorio específico, aun cuando no todos los habitantes de un Estado forman parte de su pueblo, pues se excluye de éste a los extranjeros.

Otro elemento esencial del Estado es su ámbito espacial, o sea, el territorio, porque un grupo humano podrá hacerse de un idioma común, forjar un estilo de vida,

2 Maquiavelo, Nicolás, *El príncipe*, 6ª edición de la Colección Sepan Cuantos..., México, Porrúa, 1978, p. 1.

una tradición, unas costumbres, una idiosincrasia, labrar una historia común, en fin, conformar un pueblo, una sociedad, una nación, mas, sin territorio propio y exclusivo, no podrá constituir un Estado, toda vez que el territorio es la base del principio de territorialidad derivado directamente de la soberanía, principio que en el orden jurídico mexicano permite al Estado castigar de acuerdo a su propia normativa penal los delitos cometidos dentro de su territorio, sin importar quiénes sean sus autores ni los ofendidos por ellos.

El gobierno, entendido como conjunto de órganos depositarios de las funciones del poder público, es otro elemento esencial del Estado; para su funcionamiento requiere de la presencia de los titulares de esos órganos para ejercer las funciones del poder público y realizar las demás actividades del Estado. El gobierno se habrá de caracterizar por su soberanía, es decir, porque en su ámbito espacial no haya otro encima de él; por ello su potestad de mando es omnicompreensiva y tiene en exclusiva la coacción; como bien hace notar Horacio Sanguinetti: “Esta idea de superioridad absoluta, se manifiesta en el concepto de soberanía, cualidad del poder ejercido por el Estado nacional moderno.”<sup>3</sup>

En todo caso, el poder político, o sea, el poder del Estado se deposita en los órganos de gobierno a cuyo cargo queda su ejercicio, cuyas funciones son desarrolladas por seres humanos que tienen asignada la representación de los mismos; Estado y gobierno tienen, cada uno, sus propias formas.

Pueblo, territorio y gobierno no pueden, por sí solos o en su conjunto, integrar al Estado, pues hace falta otro elemento esencial que es el orden jurídico, es decir, el derecho, sin el cual, el ente estatal no puede existir, como tampoco puede existir el derecho sin el Estado, ya que ambos se necesitan mutuamente; el derecho como orden jurídico o conjunto sistematizado de normas generales, abstractas, impersonales, obligatorias y coactivas, perdería su coercitividad sin la presencia del Estado, quien tiene el monopolio de la coacción, lo que significaría que las normas no serían coercitivas y, por tanto, no serían normas jurídicas. Asimismo, el Estado no podría existir sin la presencia del derecho, pues no habría una regulación de su organización y funcionamiento, ni de la convivencia social; la ausencia de un orden jurídico normativo se traduce en desorden y caos.<sup>4</sup>

Un último elemento esencial del Estado es su finalidad, la cual es cambiante en el tiempo y en el espacio, aun cuando autores como Jean Dabin la hagan consistir en el bien público,<sup>5</sup> porque la historia desmiente que en muchos casos el fin común no es la finalidad del Estado; así se comprobó en Nicaragua durante la dictadura de la familia

3 Sanguinetti, Horacio, Curso de derecho político, Buenos Aires, Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2000, p. 401.

4 Véase: Schmill Ordóñez, Ulises, “Orden jurídico” *Nuevo diccionario jurídico mexicano*, México, Porrúa-UNAM, t. I-O, 2001, p. 2699.

5 Dabin, Jean, *Doctrina General del Estado*, trad. Héctor González Uribe y Jesús Toral Moreno, 6ª ed. México, Editorial Jus, 1987, p. 195 y 196.

Somoza, como también en la República Dominicana en la época de la dictadura de Leónidas Trujillo y en Haití, durante la dictadura de la familia Duvalier, por citar unos cuantos ejemplos. Sin embargo, una finalidad del Estado de todos los tiempos es la de su propia sobrevivencia, pues no hay Estado que no pretenda su permanente existencia.

## **5. La definición de estado**

El Estado es un fenómeno social dado en el tiempo y en el espacio, es decir, una organización humana con vigencia temporal y espacial; se trata de un fenómeno universal omnicompreensivo, y en consecuencia, de vigencia permanente para toda la población y todo el territorio del mundo; así, no existe asentamiento humano alguno que no constituya o forme parte de una población estatal, ni tampoco hay un palmo de terreno fuera del ámbito espacial de un Estado. De esta suerte, cuando un territorio deja de pertenecer a un Estado, no deja de ser territorio estatal, bien porque se convirtió en el territorio de un nuevo Estado o porque pasó a formar parte de otro ya existente.

Para la definición del Estado, es conveniente tener presente que el Estado contemporáneo nace y subsiste por una coincidencia de voluntades de la parte de la población política y económicamente más importante, aun cuando no necesariamente la más numerosa; que el Estado subsiste con, sin y, en ocasiones, aun contra la voluntad de la mayoría de los miembros de su población. Y que los objetivos estatales, salvo el de procurar la supervivencia del propio Estado, son diferentes en los diversos Estados, así como entre las distintas épocas del mismo Estado, pero siempre son determinados por la parte dominante de la población, aun cuando también haya alguna influencia de las demás, sin que necesariamente incluya dentro de aquellos, alcanzar el bien común.

En consonancia con las ideas anteriores, se puede entender al Estado como *un conjunto humano asentado permanentemente en una circunscripción territorial, organizado mediante la coincidencia constantemente renovada de voluntades de la parte más fuerte del conjunto, sujeto a un orden jurídico y a un poder soberano, cuyos objetivos, básicamente variables, son establecidos por la parte dominante del conjunto, aun cuando en ocasiones influya, en alguna medida, otra u otras de sus partes.*

## **6. Persona y personalidad jurídica**

### **6.1. La persona**

En el ámbito jurídico se entiende por persona todo ente físico o moral capaz de asumir derechos y obligaciones, por cuya razón este vocablo se utiliza lo mismo para aludir a los seres humanos que a las asociaciones de éstos, a las organizaciones que los agrupan, y a las instituciones creadas por ellas.

A la luz de la ciencia jurídica podemos distinguir las personas físicas de las morales o jurídicas, a unas y a otras se les pueden imputar derechos y obligaciones; la persona física es un ser humano, la persona moral o jurídica, en cambio, es un ente de creación artificial, con capacidad para tener un patrimonio, adquirir derechos y contraer obligaciones.

Una de las diversas clasificaciones de las personas jurídicas o morales las agrupa en públicas y privadas; En el derecho comparado es común catalogar como personas de derecho público a las constituidas de acuerdo a las normas del derecho constitucional y del derecho administrativo, como ocurre con el Estado, con el municipio y con el órgano constitucional autónomo; o como acontece con el establecimiento público, el ente autárquico, el servicio descentralizado, el ente autónomo, el organismo descentralizado y la sociedad nacional de crédito, entre otros.

## 6.2. La personalidad jurídica

Por su parte, la personalidad jurídica se puede explicar como la atribución de derechos y obligaciones a entes inmateriales, configurada por el derecho positivo, para habilitarlos a actuar en el ámbito jurídico.<sup>6</sup>

## 7. Personalidad jurídica del estado

En el siglo XIX, el jurista alemán Guillermo Eduardo Albrecht planteó, en su obra *Grundsätzen des heutige deutschen Staatsrechts*, la conveniencia de considerar al Estado como persona jurídica, idea que más tarde habrían de secundar Georg Jellinek y otros autores en la misma doctrina alemana, para después propagarse con éxito a muchos países porque, como explica el profesor Fernando Garrido Falla:

(...) es lo cierto que las ventajas que su utilización proporciona, desde el estricto punto de vista técnico-jurídico, son indudables: la personalidad jurídica resuelve, en efecto, el problema de la continuidad, como tales, de Estados en los que se han producido cambios violentos de régimen y forma de gobierno, explica las relaciones patrimoniales entre Estado y ciudadanos e incluso, como observa Gascón y Marín, las acciones en responsabilidad contra aquél por actos realizados con motivo de la gestión de los servicios públicos, y, sobre todo, hace posible la configuración jurídica de las relaciones de poder”.<sup>7</sup>

La teoría actualmente imperante sostiene la personalidad jurídica del Estado, al que considera como una persona jurídica cuyo propósito es el bienestar general de

<sup>6</sup> Véase: Santofimio, Jaime Orlando, *Acto administrativo*, México, UNAM, 1988, p. 14.

<sup>7</sup> Garrido Falla, Fernando, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1980, vol. 1, p. 355.

sus miembros, constante e inexorablemente renovados, merced a lo cual las leyes expedidas y los tratados y contratos suscritos por el Estado, sobreviven a la generación en que se producen.<sup>8</sup>

Sin embargo, se discute acerca de si el Estado, como conjunto de órganos que materializan su potestad, es el sujeto a quien se atribuye la personalidad jurídica o si ésta sólo atañe a la administración pública; a ese respecto, el profesor español Eduardo García de Enterría señala lo innecesario de dotar al cuerpo político en su conjunto de personalidad, porque, en su opinión, además de entrañar evidentes riesgos políticos, no se ajusta a la realidad, por cuya razón, el derecho español sólo considera la personalidad de la Administración, sin incluir en ella al órgano legislativo ni al judicial.<sup>9</sup>

En cambio, el profesor emérito de la Universidad Nacional Autónoma de México, Andrés Serra Rojas sostiene: “La personalidad de la administración no es sino un reflejo de la que se reconozca al Estado, del cual forma parte”.<sup>10</sup>

A mi juicio, el ente a quien se atribuye la imputabilidad de los derechos y obligaciones del poder público no puede ser otro que el Estado, cuya personalidad jurídica le permite tanto celebrar en el ámbito exterior, con sus pares, los tratados internacionales y asumir los respectivos derechos y obligaciones, que en el plano interno contratar y obligarse con particulares o con otras personas de derecho público como los partidos políticos, los municipios o las entidades paraestatales.

Prueba de lo anterior es lo que ocurre en el ámbito interno cuando el Estado mexicano contrata con los particulares, por ejemplo, la ejecución de obra pública o la adquisición de bienes y servicios por conducto de cualquiera de los tres Poderes de la Unión, los cuales –hay que enfatizarlo– se benefician de la personalidad jurídica del Estado, por carecer de personalidad propia; de suerte que en tales casos, en rigor, es el Estado quien contrata a través de cualquiera de sus órganos.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 constitucional, la administración pública federal se divide en centralizada y paraestatal; la primera comparte la personalidad jurídica del Estado mexicano, la segunda se integra con tantas personas jurídicas como órganos constitucionales autónomos, organismos descentralizados, sociedades nacionales de crédito y demás empresas de participación estatal y empresas asimiladas a éstas, existan en el ámbito federal.

8 Véase: Tamayo y Salmorán, Rolando, “Estado”, *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, UNAM- Porrúa, 2000, t. D-H, p. 1557.

9 García de Enterría, Eduardo y Fernández Rodríguez T. R. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid, Civitas, 1984, vol. I, pp. 352 a 356.

10 Serra Rojas, Andrés, *Derecho Administrativo*, México, Porrúa, 1994, t. I, p. 72.



## **8. Formas de estado**

El Estado admite en su estructura diversas formas que permiten hablar de la forma simple y de las formas complejas de Estado, el prototipo de la primera se plasma en el Estado unitario o central, en tanto que la segunda forma registra diversas modalidades.

### **8.1. La forma unitaria de Estado**

Se entiende por Estado unitario o central, en su forma pura, el estructurado de manera monolítica, de tal modo, que no admite dividirse en partes internas políticamente autónomas, lo que no impide que se dé una descentralización administrativa. la mayoría de los Estados iberoamericanos ha optado por la forma unitaria, toda vez que Argentina, Brasil, México y Venezuela, son los casos de excepción.

### **8.2. Las formas complejas de Estado**

Tienen en común las formas complejas de Estado, el reunir a varios Estados en una misma estructura política cuyos órganos asumen en mayor o menor medida el ejercicio de algunas de las funciones del poder público en todo su ámbito espacial.

#### **8.2.1. El Estado federal**

Producto de un pacto celebrado entre varios Estados, la moderna forma de Estado federal se basa en una Constitución, mediante la cual crean, por encima de ellos, un nuevo Estado que los comprende a todos, lo que conlleva un reparto de competencias entre los órganos federales y de las entidades federativas, depositarios de las funciones del poder público. Al respecto, André Hauriou, define: “El Estado federal es una asociación de Estados que tienen entre sí relaciones de derecho interno, es decir de derecho constitucional, y mediante la cual un super-Estado se superpone a los Estados asociados.”<sup>11</sup>

En el esquema de la forma federal, la federación es el único sujeto de derecho internacional, pues sus entidades federativas no forman parte de la comunidad internacional, por lo que los problemas que se susciten entre ellas o entre una o varias de ellas y la federación, no son problemas internacionales, por cuya razón se dirimen de acuerdo al derecho interno.

#### **8.2.2. El Estado unitario descentralizado**

Cuando a la forma del Estado unitario se le injerta una fuerte dosis de descentralización política y administrativa, se transforma en una forma compleja de Estado, pero híbrida, expresada a través de la existencia de regiones autónomas cuyas características las

<sup>11</sup> Hauriou, André, *op cit.*, p. 177.

asemejan a las entidades federativas del esquema federal, por lo que esta forma de estado unitario descentralizado se ubica en una posición intermedia entre la forma unitaria y la forma federal de Estado; Italia y España son sendos ejemplos de esta forma híbrida de estado.

### **8.2.3. La confederación de Estados**

Producto de un tratado internacional celebrado entre Estados que mantienen su soberanía, la confederación de Estados es otra forma compleja de Estado, resultante de la asociación de entes estatales con miras a su defensa y ayuda mutuas, más sin perder su calidad de miembros de la comunidad internacional, por lo que los problemas surgidos entre ellos son de carácter internacional, lo cual no impide a la confederación, tener un órgano legislativo y algunos órganos depositarios del poder público, distintos de los de los estados miembros. a diferencia de la federación, cuyas entidades federativas carecen de la libertad de separarse unilateralmente de la misma, los estados miembros de la confederación, por lo menos en teoría, pueden retirarse de ella, mediante decisión unilateral.

La forma confederada de Estado se extinguió en Europa al convertirse la Confederación Helvética en 1848 en una federación; pero luego renace en el siglo XX, a través de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, que después se transforma sucesivamente en la Comunidad Económica Europea y en la actual Unión Europea.

## **9. Centralización y descentralización políticas**

Centralizar significa reunir o agrupar distintas cosas en un centro o lugar común. En cambio, descentralizar será distribuir o ubicar en diversos puntos aquellas cosas susceptibles de reunirse en un centro o lugar común.

Efectos de centralizar y descentralizar, son pues, respectivamente, la centralización y la descentralización; la primera es una manifestación de la fuerza centrípeta, en tanto que la descentralización es un caso de fuerza centrífuga, ambas forman parte de un binomio integrado por dos tendencias organizacionales que, aun cuando contrapuestas, pueden coexistir e, incluso, complementarse entre sí.

Se presentan la centralización y la descentralización en distintos ámbitos: político, administrativo, económico y social, entre otros, por lo que es dable aludir a la centralización y descentralización políticas, administrativas, económicas y sociales.

El ámbito natural de la centralización y la descentralización políticas es el Estado, por ser éste el que, en el primer caso, reúne en su centro la toma de decisiones en ejercicio de las atribuciones del poder público, propicia la unidad del Derecho, de la norma jurídica, y sirve para estructurar al Estado unitario o centralista; en el segundo caso, es

también el ente estatal quien crea otras personas jurídicas para encargarles el ejercicio de parte de sus atribuciones –como, la creación y aplicación de normas jurídicas en el campo de su competencia–, y se utiliza para estructurar al Estado bajo la forma federal, en ambos casos bajo la égida del derecho constitucional; en cambio, es en el ámbito de la administración pública donde tienen verificativo las acciones de centralización y descentralización administrativas, encaminadas a centralizar o descentralizar la toma de decisiones en ejercicio de las atribuciones de la administración pública, conforme a la regulación del derecho administrativo.

## **10. La crisis del estado**

Desde el último tercio del siglo pasado se inicia una enésima crisis del Estado que en la presente centuria, lejos de disminuir, ha evolucionado y complicado su situación, en razón de los múltiples significados que se han dado a la locución “crisis del Estado”, pues lo mismo se emplea para aludir a la situación que en el ejercicio del poder público produjo la intromisión de poderosos sindicatos y organizaciones empresariales, cuyo ímpetus pusieron en duda la supremacía del poder estatal, que para referirse a la actuación de los organismos internacionales, dominados por los Estados Unidos, que han venido a sojuzgar a muchos de los Estados que contribuyeron a su creación.

Desde otra perspectiva, la referida crisis predica el fracaso del contrato social, reiterado en numerosos casos, al no lograrse los objetivos fundamentales del Estado, como la seguridad y el orden público, entre otros. Igualmente, se habla de la crisis del Estado para señalar la reducción de su tamaño, derivada del decrecimiento de sus actividades a raíz de la ola de privatizaciones, producto de la más reciente confrontación de lo público y lo privado.

## **SEGUNDA PARTE**

### **La constitución**

La autolimitación del poder político se establece al través del derecho, fundamentalmente por medio de la constitución, cuya finalidad intrínseca, al decir de Loewenstein, es institucionalizar la limitación, el control y la distribución del ejercicio del poder político. Así, el poder político se impone a sí mismo barreras, para que el ejercicio de sus funciones no se monopolice por un solo detentador, sino que se distribuya equilibradamente entre los órganos depositarios, y fundamentalmente para proteger la dignidad humana.

La experiencia señala que el mejor procedimiento para lograr estos fines consiste en poner en vigor un ordenamiento que determine los alcances del poder público y limite su ejercicio, a efecto de convertirse –como dice el doctor Diego Valadés– en estatuto jurídico del poder, perspectiva desde la cual “la Constitución regula cuatro

formas de relación con el poder: el derecho al poder, el derecho del poder, el derecho ante el poder y el control del poder”.<sup>12</sup>

El constitucionalismo tiene añosas raíces en el mundo occidental; Platón y Aristóteles hace veinticuatro siglos se ocuparon del tema. Para el filósofo de Estagira “La constitución del Estado tiene por objeto la organización de las magistraturas, la distribución de los poderes, las atribuciones de la soberanía, en una palabra, la determinación del fin especial de cada asociación política.”<sup>13</sup>

Mas, para muchos, la defensa de la dignidad humana en el plano constitucional se inicia el 15 de junio de 1215 con la *Carta Lebertatum* o *Carta baronum de Runnymede*, mejor conocida como la “Carta Magna” inglesa, que los barones anglos impusieron al rey *Juan sin Tierra*, quien se vio obligado a conceder “perpetuamente, en nuestro nombre y en el de nuestros sucesores, para todos los hombres libres del reino de Inglaterra, todas las libertades que a continuación se expresan, transmisibles a sus descendientes”.<sup>14</sup>

De esta manera, por primera ocasión el monarca mismo pone un límite a su poder, al prohibir el establecimiento de contribuciones sin el consentimiento del Consejo del reino, al garantizar la equitativa administración de justicia, al otorgar la libertad de tránsito y la de comercio, en fin, al establecer en su artículo 48 uno de los primeros antecedentes de los juicios de amparo o de garantías y del recurso de *habeas corpus*, al disponer en su artículo 48: “Nadie podrá ser arrestado, aprisionado, ni despojado de sus bienes, costumbres y libertades, sino en virtud del juicio de sus pares, según la ley del país.”

El texto escrito caracteriza al constitucionalismo moderno que se inicia con la Constitución estadounidense de 1787 y la francesa de 1789; en opinión de Segundo Linares Quintana, la primera creó las instituciones del constitucionalismo, la segunda les dio fundamentación doctrinaria.

Pero, ¿qué es una constitución? El socialista Ferdinand Lassalle, líder máximo del primer partido obrero alemán, contemporáneo y discípulo de Marx, en su libro rotulado con esta interrogante, contesta: “La constitución de un país: (es) la suma de los factores reales de poder que rigen en ese país.”<sup>15</sup>

En el Estado prusiano de Guillermo I y de Bismarck, Lassalle detecta como factores reales de poder: la monarquía, la aristocracia, la gran y pequeña burguesía, los

12 VALADES, Diego, *Constitución y democracia*, México, UNAM, 2000, p. 25. En sentido parecido, Karl Loewenstein observa: “La constitución se convirtió así en el dispositivo fundamental para el control del proceso del poder.” *Teoría de la Constitución*, trad. Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona, Editorial Ariel, 1979, p. 390.

13 ARISTÓTELES, *La Política*, trad. Patricio de Azcárate, Madrid, Espasa-Calpe, 1969, p. 168.

14 Redactado en latín, el documento original estaba contenido en una página. Sendas copias autógrafas se encuentran en el Museo de Londres, en la Catedral de Salisbury y en la Biblioteca del Congreso de los E.U.

15 LASSALLE Ferdinand, *¿Qué es una constitución?*, Trad. Wenceslao Roces, Barcelona, Ariel, 1978, p. 70.

banqueros, la clase obrera, la conciencia colectiva, la cultura general del país, entre otros; al respecto, explica:

Se cogen estos factores reales de poder, se extienden en una hoja de papel, se les da expresión escrita, y a partir de este momento, incorporados a un papel, ya no son simples factores reales de poder, sino que se han erigido en derecho, en instituciones jurídicas, y quien atenta contra ellos atenta contra la ley y es castigado.<sup>16</sup>

Finalmente, el filósofo, jurista y político alemán, concluye:

Los problemas constitucionales no son primariamente problemas de derecho, sino de poder; la verdadera Constitución de un país solo reside en los factores reales y efectivos de poder que en ese país rigen; y las constituciones escritas no tienen valor ni son duraderas mas que cuando dan expresión fiel a los factores reales de poder imperantes en la realidad social.<sup>17</sup>

Mucho se ha disertado acerca de la constitución, en la docta opinión de Jorge Carpizo, “cualquier Estado tiene una constitución, que es el conjunto de relaciones que se verifican en esa comunidad, los actos que se realizan entre gobierno y gobernados y el logro de cierto orden que permite que se efectúen una serie de hechos que se reiteran”.<sup>18</sup>

Agrega quien fuera rector de la Universidad Nacional Autónoma de México: “La constitución real de un país de constitución escrita no es ni la realidad, ni la hoja de papel, sino el punto en el cual la realidad jurídica valorada y el folleto se interfieren.”<sup>19</sup>

Muchas clasificaciones convencionales se hacen respecto de las constituciones: consuetudinarias y escritas, por ejemplo; rígidas o flexibles, en lo que se refiere a la posibilidad de su reforma; originarias –las que establecen por primera vez un sistema o principio funcional hasta entonces desconocido–, o derivadas –las que imitan un modelo existente o anterior, ya sea nacional o extranjero–, ideológicas –las que entrañan la implantación de una ideología dada– y utilitarias –aquellas carentes de ideología y que son meramente estructurales y procedimentales–.

Las constituciones, cualquiera que pueda ser su clasificación, suelen tener dos partes: la dogmática y la orgánica; la dogmática acostumbra contener la consagración de los derechos humanos y la orgánica define la estructura del gobierno, determina las funciones de los órganos, su interrelación y su relación con los gobernados.

Mas, las constituciones pueden clasificarse con objetividad desde un aspecto

---

16 Idem, p. 70

17 Idem, p. 97

18 CARPIZO, Jorge, *Estudios constitucionales*, México, UNAM-LGEM, 1983, p. 52

19 CARPIZO, Jorge, *Estudios constitucionales*, México, UNAM-LGEM, 1983, pp. 51 y 52.

ontológico para esclarecer su grado de vigencia real. Así, podríamos hablar de constitución auténtica, constitución meta y constitución ficción.

La constitución auténtica es aquella cuyo texto documental tiene vigencia plena porque sus disposiciones norman en la realidad el proceso político, dicho de otra manera: hay una constitución efectiva, cuando el ejercicio del poder se desarrolla en los moldes constitucionales.

La constitución meta es aquella que formalmente ha sido puesta en vigor, pero no alcanza una realidad plena, porque sus preceptos no dominan el proceso político, es decir, el ejercicio del poder no se ajusta plenamente a los dictados constitucionales, los que no pueden tener un cabal cumplimiento debido a un déficit educacional, a una falta de politización de una parte numéricamente importante de la población; de esta suerte, la vigencia real, el cumplimiento estricto de la norma constitucional viene a ser un objetivo por alcanzar, una meta por lograr.

La constitución ficción se detecta cuando la norma constitucional no es sino la herramienta empleada para consolidar y mantener en el poder a sus detentadores fácticos, ya se trate de un dictador, de una camarilla, de una oligarquía o de un partido.

Paradójicamente, la constitución, en vez de ser una barrera para el poder, siendo ficción solo tiende a potenciar y liberar con eficacia al poder, a tornarlo absoluto, despótico, dictatorial. Así, la constitución meta, lejos de ser un valladar para el poder, viene a ser un destructor de sus diques, un disfraz para el despotismo que propicia, por ejemplo: la perpetuación de un dictador en el poder, la facultad ilimitada de veto a las resoluciones del cuerpo legislativo, la realización de referenda manipulados, la existencia, en fin, de un partido único y aun la proscripción de todos los partidos políticos.

Acorde con lo anterior, el poder encuentra en la constitución efectiva su cabal dimensión ética y, en consecuencia, funciona correctamente la autolimitación, tanto porque el texto constitucional establece con precisión los alcances y límites del poder, las funciones y atribuciones de los gobernantes y los derechos y garantías de los gobernados, como porque los depositarios del poder, en ejercicio del mismo se atienen exacta y respetuosamente a la letra de la constitución y de las leyes y reglamentos que de ella emanan.

## TERCERA PARTE

### La democracia

Derivada de las voces griegas demos = pueblo y cratos = poder, la palabra española *democracia* significa el poder del pueblo; la Real Academia Española, en su diccionario, le otorga dos acepciones, la primera alude a la doctrina política favorable a la intervención del pueblo en el gobierno; de acuerdo a la segunda, es el predominio del pueblo en el gobierno político de un Estado. Conforme a la definición de Abraham Lincoln, implícita en su discurso pronunciado en el campo de batalla de Gettysburg, el 19 de noviembre de 1863, la democracia es el gobierno del pueblo, por el pueblo, para el pueblo.

La democracia es representada en la iconografía, como una dama vestida con modestia, adornada con una corona formada de pámpanos y hojas de olmo, con una granada en una mano, para simbolizar la unión, y en la otra un manojo de serpientes, en alusión a las turbulencias del gobierno popular.

La idea de la democracia es imprecisa y ambigua, en consecuencia, da lugar a muy diversas interpretaciones, muchas de ellas contrapuestas entre sí, por lo que desde la antigüedad ha dado lugar a paradojas como la de la democracia ateniense, que llegada a su apogeo en la época de Pericles, estaba cimentada en la esclavitud. Benito Mussolini elogió al corporativismo fascista por ser, dijo, una auténtica democracia y Paul Joseph Goebbels describió a la Alemania nazi como la forma más noble de un Estado democrático.

En tiempos pretéritos, la democracia no fue bien vista; Platón y Aristóteles no fueron partidarios de ella, y en épocas mucho más recientes, fue mirada con recelo, por considerarla el gobierno del populacho.

En los primeros tiempos de los Estados Unidos, Thomas Jefferson y James Madison, adalides de la democracia estadounidense, nunca hicieron alarde de ser demócratas, pero sí se declararon fervientes republicanos. En el siglo XX, en cambio, en ese país y en otros muchos, se volvió timbre de orgullo ser demócrata.

La respetabilidad del término democracia se inicia a mediados del siglo XIX, y se convierte en plausible a partir de la Primera Guerra Mundial. Respecto de la forma de gobierno, la Constitución de 1857 estableció en su artículo 40, literalmente reproducido por la de 1917, que es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una república representativa, democrática, federal; en cambio, la Constitución de 1824, señalaba en su artículo 4, que la nación mexicana adoptaba para su gobierno la forma de república representativa popular federal, sin manifestarse expresamente democrática.

Se puede entender a la democracia de distintas maneras, entre otras, como forma de Estado, como forma de gobierno y como forma de vida.

En efecto, la democracia puede ser vista como una forma de Estado en la que el pueblo participa, o puede participar, lo mismo en la organización de los órganos y organismos depositarios de las funciones del poder público, que en el ejercicio de tales funciones; se denomina directa, cuando la asamblea popular, o mejor dicho, la población adulta, tiene a su cargo el ejercicio de dichas funciones, principalmente mediante la toma de decisiones importantes del Estado, como la aprobación de las leyes. Democracia representativa, en cambio, es aquella en que el pueblo delega en representantes por él elegidos, el ejercicio de las funciones públicas, como la función legislativa, merced a la cual se expiden las leyes.

### **1. La democracia como forma de estado**

Al hablar de las formas de Estado se hace referencia tanto a su estructura como a los vínculos que se desarrollan entre su población, su territorio y su soberanía. Con un criterio social, se pueden agrupar según impere en ellos la monocracia, la oligocracia o la democracia, o sea, el poder de un individuo, el de pocos, o el de muchos, es decir, el del pueblo.

Estas formas de Estado dieron lugar en la antigüedad a sendas formas puras de gobierno: monárquico, oligárquico y democrático, respectivamente, cuya degradación dio paso a otras tantas formas derivadas de gobierno.

Como forma de Estado, la democracia es aquella en la que el pueblo participa o puede participar, tanto en la organización de los órganos y organismos depositarios de las funciones del poder público, como en el ejercicio de esas funciones; se denomina directa, cuando la asamblea popular –la *ecclesia griega*<sup>20</sup>–, o mejor dicho, la población adulta, tiene a su cargo el ejercicio de tales funciones, principalmente mediante la toma de decisiones del Estado. Democracia representativa, en cambio, es aquella en que el pueblo delega en representantes por él elegidos, el ejercicio de las funciones públicas.

### **2. La democracia como forma de gobierno**

Considerada como forma de gobierno, la democracia, en su versión directa, es impracticable en el Estado moderno, por lo que actualmente sólo podrá ser democracia representativa. Incluso, en opinión de diversos pensadores de gran fama, la directa nunca se ha llevado a la práctica; así lo sostuvo, por ejemplo, Juan Jacobo Rousseau al afirmar: “Tomando el término en su rigurosa acepción, no ha existido nunca verdadera democracia, ni existirá jamás. (...) Si hubiera un pueblo de dioses,

<sup>20</sup> No tenían acceso a ella: las mujeres, los menores de 20 años, los esclavos y los extranjeros.



se gobernaría democráticamente. Un gobierno tan perfecto no es para hombres.”<sup>21</sup>

Hans Kelsen, en su *Teoría general del derecho y del Estado* analiza cuidadosamente a la democracia y a la autocracia como formas de gobierno y concluye que una y otra representan sendos tipos ideales opuestos diametralmente, sin que en la realidad haya algún Estado que adopte a plenitud uno solo de ellos, pues cada ente estatal aprovecha parcialmente ambos tipos, generalmente más de uno que del otro. En el esquema kelseniano:

La democracia significa que la voluntad representada en el orden legal del Estado es idéntica a las voluntades de los súbditos. La oposición a la democracia está constituida por la servidumbre implícita en la autocracia. En esta forma de gobierno los súbditos se encuentran excluidos de la creación del orden jurídico, por lo que en ninguna forma se garantiza la armonía entre dicho ordenamiento y la voluntad de los particulares. (...) De acuerdo con la terminología usual, un Estado es llamado democracia si en su organización prevalece el principio democrático, y autocracia si en su organización predomina el principio autocrático.<sup>22</sup>

Como conjunto de órganos y organismos directivos del Estado, el gobierno formula, expresa y realiza la voluntad estatal, por lo que las formas de gobierno, como dice Alessandro Groppali, atañen a las maneras de integrar los órganos fundamentales del Estado, sus poderes, sus relaciones y sus decisiones.<sup>23</sup>

El sistema de democracia política inserto en el modelo occidental de forma de gobierno es bien sencillo, a juicio de Luigi Ferrajoli, pues en él, todo poder se sujeta, directa o indirectamente, a la ley, la cual es aprobada por instituciones que, en razón de su representatividad, conllevan la voluntad popular, lo que se traduce en que la democracia política se instrumenta mediante el sufragio popular que, de alguna manera, entraña la participación de cuanto sujeto se interese en las decisiones legislativas, o al menos, en la elección de quienes han de tomar tales decisiones, circunstancia que, en el pensamiento del ilustre tratadista italiano, erige a la democracia en forma de gobierno, más aún, como forma de autogobierno: “Es de esta forma que la democracia puede configurarse como autogobierno, o sea como participación directa o indirecta de cada uno en el proceso decisional que produce las normas a él destinadas.”<sup>24</sup>

21 Rousseau, Juan Jacobo, *El contrato social*, trad., Consuelo Bergés, 7ª ed., Buenos Aires, Aguilar, 1965, pp. 135-137.

22 Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. Eduardo García Máynez, 2ª ed., México, UNAM, 1979, p. 337.

23 Véase: Groppali, Alessandro, *Doctrina del Estado*, trad., Alberto Vázquez del Mercado, México, Porrúa, 1945, p. 205.

24 Ferrajoli, Luigi, “Democracia sin Estado?”, *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho constitucional y política*, México, UNAM, p. 223.

### 3. La democracia como forma de vida

El descrédito del Estado liberal propició, en el siglo XX, la ampliación de la cobertura de la democracia más allá del sufragio universal y de la elección de representantes de la ciudadanía, a fin de erigirla en una forma de vida, con miras a garantizar la adopción o preservación de ciertas medidas sociales y económicas; desde esta perspectiva, el filósofo John Dewey planteó: “La idea de democracia es una idea más amplia y más completa que todo lo que pueda ser ejemplificada en un Estado, justo como el mejor. Para comprenderla plenamente, debe afectar todos los sistemas de asociación humana, la familia, la escuela, la industria, la religión,”<sup>25</sup>

La tendencia expansiva en la demarcación de los alcances de la democracia permite considerarla, en el siglo XXI, como una forma de gobierno, un tipo de economía, un orden social, una forma de vida, e incluso una creencia social que a través de los siglos se adhiere a los anhelos y luchas libertarias de la humanidad.<sup>26</sup>

### 4. Teoría elitista de la democracia

En el globalizado mundo del siglo XXI se impone el modelo neoliberal de Estado teóricamente sujeto al derecho, con gobierno formalmente democrático, sometido en la práctica a los principios de la teoría de las élites y a la teoría elitista de la democracia.

Gaetano Mosca y Wilfredo Pareto formularon simultánea y separadamente la teoría de las élites, conforme a la cual, en toda sociedad siempre habrá una minoría que detente el poder en sus diferentes manifestaciones, frente a una minoría ayuna de él; según Mosca:

Entre las tendencias y los hechos constantes que se encuentran en todos los organismos políticos, aparece uno cuya evidencia se le impone fácilmente a todo observador: en todas las sociedades, empezando por las medianamente desarrolladas, que apenas han llegado a los preámbulos de la civilización, hasta las más cultas y fuertes, existen dos clases de personas: la de los gobernantes y la de los gobernados. La primera, que es siempre la menos numerosa, desempeña todas las funciones políticas, monopoliza el poder y disfruta de las ventajas que van unidas a él. En tanto, la segunda, más numerosa, es dirigida y regulada por la primera de una manera más o menos legal, o bien de un modo más o menos arbitrario y violento, y a ella le suministra, cuando menos aparentemente, los medios materiales de subsistencia y los indispensables para la vitalidad del organismo político.<sup>27</sup>

25 Dewey, John, *The public and its problem*, Nueva York, Henry Holt and Company, 1927, p. 143.

26 Véase. Champlin, Carrol D., “*Democracy, another definition*”, *School and society*, vol. LIV, septiembre de 1941, pp. 321.

27 Mosca, Gaetano, *La clase política*, trad. Marcos Lara, México, Fondo de Cultura Económica, 1984, p.106.

Wilfrido Pareto coincidió en la idea de que siempre existe una minoría dirigente: “De hecho, con o sin sufragio universal, siempre gobierna una oligarquía.”<sup>28</sup> Según su *teoría de la circulación de las élites*, los esfuerzos de los partidos de oposición están encaminados, a derribar al gobierno y tomar en sus propias manos las riendas del gobierno, en tanto que en muchos aspectos deja las cosas sin ninguna modificación, porque, en el fondo se trata de sustituir una élite por otra.

En suma, de acuerdo a la teoría de las élites, en toda organización social, económica o política se advierte la presencia de dos grupos distintos: los dirigentes y los dirigidos, los empleadores y los empleados, los gobernantes y los gobernados, los líderes y los militantes, la élite y la masa. El grupo dirigente, la élite, es pequeño en comparación con el grupo dirigido, y marca el rumbo de toda organización, así se trate del Estado. En tanto que el grupo dirigido, es decir, la masa, se concreta a acatar las instrucciones o disposiciones de la élite. “El hombre-masa –según Ortega y Gasset– es el hombre cuya vida carece de proyecto y va a la deriva. Por eso no construye nada, aunque sus posibilidades, sus poderes, sean enormes.”<sup>29</sup>

Derivada de la teoría de las élites, y promovida por Joseph Schumpeter, William Kornhauser, y Robert Dahl, entre otros autores, aparece posteriormente la teoría elitista de la democracia, que parte de diferenciar a la población en dos segmentos: la élite y la masa, para luego apoyarse en tres supuestos:

- La masa, o sea el sector más amplio de la población, es, por naturaleza, incompetente, inerte, dúctil y maleable o, en el peor de los casos, desenfrenada y proclive a destruir la cultura y la libertad;
- La élite es el reducido segmento de la población creativo y dominante de la masa, por tanto, es la salvaguarda de la civilidad;
- La condición suficiente de la democracia se cumple si:
- El electorado puede elegir entre élites rivales;
- Las élites no consiguen que su poder se vuelva hereditario, ni logran impedir que nuevos grupos sociales tengan acceso a sus posiciones;
- Las élites deban extraer apoyo de coaliciones cambiantes, lo cual significa que no haya una forma de poder dominante, y
- Las élites que dominan diversas esferas de la sociedad, como la actividad comercial, la educación y el arte, no se asocian entre sí.<sup>30</sup>

Bajo el patrocinio de los integrantes de las élites económicas, políticas e, incluso, religiosas, que actualmente imponen su voluntad a escala planetaria, la teoría de marras, promueve la masificación de los pueblos, para mantenerlos en la indiferencia ideológica y política, despojados de su sentido crítico, para poder manejarlos a su antojo mediante técnicas de propaganda, publicidad y marketing.

28 Pareto, Wilfrido, “*Traité de Sociologie générale*”, *Obras completas*, Ginebra, Librairie Payot, vol XII, 1968, p. 1395.

29 Ortega y Gasset, José, *La rebelión de las masas*, Buenos Aires, Espasa-Calpe Argentina, 4ª ed., 1941, p. 69.

30 Wolin, Sheldon S., en: Bachrach, Peter, “Prólogo”, en: *Crítica de la teoría elitista de la democracia*, trad. Leandro Wolfson, Buenos Aires, Amorrortu Editores, 1973, p. 14.

La absurda teoría elitista de la democracia pretende justificar al elitismo democrático o democracia elitista, como también se le llama –y que implican un contrasentido evidente, equiparable al enano gigante o al anciano recién nacido–, con el argumento de que la democracia no es sino un método político, dirigido a obtener seguridad y servicios en aras de los intereses del pueblo, por cuya razón, su valor debe medirse por el grado en que los integrantes de la masa se benefician con los productos del sistema; en consecuencia, cuanto menos participe la masa o sus integrantes en la toma de decisiones, mejor será su situación, pues salvo contados casos de excepción, la élite les representará adecuadamente en protección de sus intereses, dejándole sólo las fáciles tareas de pagar impuestos y depositar una boleta en una urna electoral, lo que entraña una natural división del trabajo entre la masa gobernada y la élite gobernante.

## **5. La democracia en la constitución mexicana**

En su artículo 3º, la vigente Constitución mexicana entiende a la democracia no sólo como una estructura jurídica y un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo; asimismo, dispone que el criterio que oriente la educación que imparta el Estado, será democrático.

Además, el artículo 25 constitucional asigna al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que fortalezca su régimen democrático, propósito que se reitera en el artículo 26 constitucional que obliga al Estado a organizar un sistema de planeación democrática del desarrollo nacional que imprima solidez, dinamismo, permanencia y equidad al crecimiento de la economía para la democratización política, social y cultural de la nación.

En lo relativo a la organización ejidal, la fracción VII del artículo 27 constitucional previene la elección democrática del comisariado ejidal.

Por lo que ve a la forma de gobierno, el artículo 40 constitucional expresa la voluntad del pueblo mexicano de constituirse en una república representativa y democrática, en tanto que la fracción I del artículo 41 constitucional establece como finalidad de los partidos políticos, promover la participación del pueblo en la vida democrática.

## **6. Democracia: utopía o realidad**

La falacia de la democracia de algunos sistemas políticos actuales se pone de manifiesto aun en el más somero de los análisis, pues la democracia no puede existir auténticamente donde unos cuantos, con la fuerza de sus aportaciones económicas, deciden quiénes serán contendientes a ocupar ciertos cargos públicos, incluido el más importante del país; y finalmente, el cargo lo ocupa, no quien recibe el mayor número de votos ciudadanos, sino quien logra la mayoría de los votos de un colegio

electoral formado por electores, a su vez elegidos en los estados de su federación, y de no lograrse esa mayoría, el Congreso habrá de decidir, lo cual es un agravio a la democracia, habida cuenta que el presidente tiene la representación política no sólo de los estados sino de sus ciudadanos, por lo que debieran ser éstos quienes directamente lo eligieran, pues como bien observa Neal R. Pierce “podemos ser 50 estados en el Congreso, pero somos un pueblo en la Casa Blanca –o deberíamos serlo– y nos debe corresponder a nosotros escoger al presidente.”<sup>31</sup>

Los gobiernos de Anthony Blair y de José María Aznar tampoco merecieron considerarse democráticos porque, en abierta contradicción a la voluntad mayoritaria de sus respectivas poblaciones, canalizaron grandes porciones de sus recaudaciones de impuestos a financiar la guerra contra Irak, en la que jóvenes soldados ingleses y españoles perdieron la vida.

Tampoco pueden considerarse democráticos aquellos Estados en que el gobierno canaliza subrepticamente recursos públicos para apoyar a sus candidatos; en que se permite que los púlpitos de las iglesias se conviertan en medios de publicidad en los que machaconamente se diga por quién votar o por quién no votar; donde los grandes potentados puedan financiar libremente guerras sucias contra partidos o candidatos que no gocen de sus simpatías; donde se impida verificar el conteo de los votos emitidos, e incluso se incineren las respectivas boletas electorales para evitar que las futuras generaciones tengan conocimiento de los fraudes electorales cometidos.

## **7. La democracia representativa**

Como quiera que sea, en el Estado contemporáneo existe el anhelo de gobernarse con apego a normas de la verdadera democracia representativa, cuya implementación requiere del conocimiento previo del poder, de la representación política y del derecho, en especial del derecho electoral.

En la democracia representativa, las elecciones son los mecanismos empleados periódica y sistemáticamente para designar, mediante la emisión de votos, a ciertos funcionarios públicos que actúan en representación de los órganos y organismos depositarios de las funciones del poder estatal, o sea, del poder político. Por consiguiente, la regulación de esos mecanismos constituye el objeto del derecho electoral, de cuyos preceptos depende que un sistema político dado, con pretensiones de democracia representativa, se identifique con ella o simule hacerlo.

---

<sup>31</sup> Pierce, Neal R., New York, Simon and Schuster, 1998, p. 41, p. 13.

## CUARTA PARTE

### Conclusiones

Pese a todo, el fenómeno estatal se mantiene como un fenómeno universal omnicomprendido, y en consecuencia, de vigencia permanente para toda la población y todo el territorio del mundo; así, no existe asentamiento humano alguno que no constituya o forme parte de una población estatal, ni tampoco hay un palmo de terreno fuera del ámbito espacial de un Estado. De esta suerte, cuando un territorio deja de pertenecer a un Estado, no deja de ser territorio estatal, bien porque se convirtió en el territorio de un nuevo Estado o porque pasó a formar parte de otro ya existente.

Las constituciones se pueden clasificar, desde un aspecto ontológico para esclarecer su grado de vigencia real, en tres tipos: constitución auténtica, constitución meta y constitución ficción.

La constitución auténtica se caracteriza porque su texto documental tiene vigencia plena en razón de que sus disposiciones norman en la realidad el proceso político, dicho de otra manera: hay una constitución auténtica, cuando el ejercicio del poder se desarrolla dentro de los moldes constitucionales.

La constitución meta es aquella que formalmente ha sido puesta en vigor, pero no alcanza una realidad plena, porque sus preceptos no dominan el proceso político, es decir, el ejercicio del poder no se ajusta a los dictados constitucionales, los que no pueden tener un cabal cumplimiento debido a un déficit educacional, a una falta de politización de una parte numéricamente importante de la población; de esta suerte, la vigencia real, el cumplimiento estricto de la norma constitucional viene a ser un objetivo por alcanzar, una meta por lograr.

La constitución ficción viene a ser la herramienta empleada para consolidar y mantener en el poder a sus detentadores fácticos, ya se trate de un dictador, de una camarilla, de una oligarquía o de un partido.

El Estado del siglo XXI se ve asediado por los integrantes de las élites económicas, políticas e, incluso, religiosas, que actualmente imponen su voluntad a escala planetaria, a la sombra de la teoría elitista de la democracia que promueve la masificación de los pueblos, para mantenerlos en la indiferencia ideológica y política, despojados de su sentido crítico, para poder manejarlos a su antojo mediante técnicas de propaganda, publicidad y marketing.

La absurda teoría elitista de la democracia pretende justificar la democracia elitista, con el argumento de que la democracia no es sino un método político, dirigido a

obtener seguridad y servicios en aras de los intereses del pueblo, por cuya razón, su valor debe medirse por el grado en que los integrantes de la masa se benefician con los productos del sistema; en consecuencia, cuanto menos participe la masa o sus integrantes en la toma de decisiones, mejor será su situación, pues salvo contados casos de excepción, la élite les representará adecuadamente en protección de sus intereses, dejándole sólo las fáciles tareas de pagar impuestos y depositar una boleta en una urna electoral, lo que entraña una natural división del trabajo entre la masa gobernada y la élite gobernante.

Para combatir la falaz democracia elitista se debe fortalecer la auténtica democracia representativa, mediante el perfeccionamiento del marco jurídico de las elecciones, que son los mecanismos empleados periódica y sistemáticamente para designar, a través de la emisión de votos, a ciertos funcionarios públicos que actúan en representación de los órganos y organismos depositarios de las funciones del poder estatal, o sea, del poder político.

El marco jurídico electoral debe impedir que la propaganda electoral basada en argumentación política sea sustituida por la publicidad electoral apoyada en la mercadotecnia, y debe evitar que el triunfo electoral lo obtengan los candidatos y partidos que tienen mayores recursos económicos para pagar publicidad.

De la adecuada regulación jurídica de esos mecanismos electorales y de su correcta y efectiva aplicación depende que un sistema político dado, con pretensiones de democracia representativa, se identifique con ella o simule hacerlo.

## Bibliografía

- VALADES, Diego, *Constitución y democracia*, México, UNAM, 2000.
- LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, trad. Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona, Editorial Ariel, 1979.
- ARISTOTELES, *La Política*, trad. Patricio de Azcárate, Madrid, Espasa-Calpe, 1969.
- LASSALLE Ferdinand, *¿Qué es una constitución?*, Trad. Wenceslao Roces, Barcelona, Ariel, 1978.
- CARPIZO, Jorge, *Estudios constitucionales*, México, UNAM-LGEM, 1983.
- KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. Eduardo García Máynez, 2ª ed., México, UNAM, 1979.
- GROPPALI, Alessandro, *Doctrina del Estado*, trad., Alberto Vázquez del Mercado, México, Porrúa, 1945.
- FERRAJOLI, Luigi, “*Democracia sin Estado?*”, *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho constitucional y política*, México, UNAM, 2006.
- DEWEY, John, *The public and its problem*, Nueva York, Henry Holt and Company, 1927.
- CHAMPLIN, CAROL D., “*Democracy, another definition*”, *School and society*, vol. LIV, septiembre de 1941.
- MOSCA, Gaetano, *La clase política*, trad. Marcos Lara, México, Fondo de Cultura Económica, 1984.
- PARETO, Wilfrido, “*Traité de Sociologie générale*”, *Obras completas*, Ginebra, Librairie Payot, vol XII, 1968.
- ROUSSEAU, Juan Jacobo, *El contrato social*, trad., Consuelo Bergés, 7ª ed., Buenos Aires, Aguilar, 1965.
- ORTEGA Y GASSET, José, *La rebelión de las masas*, Buenos Aires, Espasa-Calpe Argentina, 4ª ed., 1941.
- WOLIN, Sheldon S., en: Bachrach, Peter, “Prólogo”, en: *Crítica de la teoría elitista de la democracia*, trad. Leandro Wolfson, Buenos Aires, Amorrortu Editores, 1973.
- PIERCE, Neal R., New York, Simon and Schuster, 1998.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Fernández Rodríguez T. R. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid, Civitas, 1984.
- SERRA ROJAS, Andrés, *Derecho Administrativo*, México, Porrúa, 1994.
- SANTOFIMIO, Jaime Orlando, *Acto administrativo*, México, UNAM, 1988.
- GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1980.
- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, “Estado”, *DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO*, México, UNAM-Porrúa, 2000.
- SCHMILL ORDÓÑEZ, Ulises, “Orden jurídico” *Nuevo diccionario jurídico mexicano*, México, Porrúa-UNAM, 2001.
- DABIN, Jean, *Doctrina General del Estado*, trad. Héctor González Uribe y Jesús Toral Moreno, 6ª ed. México, Editorial Jus, 1987.
- SANGUINETTI, Horacio, *Curso de derecho político*, Buenos Aires, Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2000.



MAQUIAVELO, Nicolás, *El príncipe*, 6ª edición de la Colección Sepan Cuantos, México, Porrúa, 1978.

ENGELS, Federico, *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, México, Editores Unidos Mexicanos, 1977.

HAURIOU, André, *Principios de derecho público y constitucional*, trad. Carlos Ruiz del Castillo, Madrid, Reus, 1972, p. 177.



# ESTADO – DEMOCRACIA - CONSTITUCIÓN

Por Daniel Hugo Martins





## ESTADO – DEMOCRACIA - CONSTITUCIÓN

Por Daniel Hugo Martins<sup>1</sup>

**SUMÁRIO:** 1. Delimitación del tema; 2. Actualmente existen diversas concepciones de democracia; 3. La Carta de la O.E.A.; 4. Violación del régimen democrático representativo; 5. La Carta Democrática de la O.E.A.; 6. Las constituciones vigentes en el Mercosur en el siglo XXI.

### I. Delimitación del tema

Es de conocimiento de todos los conceptos de Estado, Democracia y Constitución, por lo que mi disertación se limitará a examinar si en las constituciones de los países integrantes del Mercosur rige el Estado Constitucional de Derecho Democrático y Social que es la fórmula que hoy han adoptado la mayoría de los países de Occidente.

No obstante, debemos recordar que nuestros territorios durante más de trescientos años fueron gobernados por las monarquías absolutas de España y Portugal y que luego de las guerras de la independencia surgieron Estados que adoptaron la República como forma de gobierno, salvo Brasil que continuó con el régimen monárquico durante cierto tiempo.

Por **República** entendemos que es la forma de gobierno opuesta a la monarquía y a la existencia de estamentos privilegiados dentro de la sociedad. En la República todos los ciudadanos son iguales ante la ley y tienen los mismos derechos políticos y sociales. En la República los gobernantes son electos por la ciudadanía, son responsables de sus actos, deben dar cuenta de su actuación y actuar con transparencia y de acuerdo a Derecho.

*“La República básica –afirma **María Angélica Gelli**<sup>2</sup>– se define como un sistema político de división y control del poder. Las otras notas que la caracterizan son la publicidad de los actos de gobierno, la responsabilidad de los funcionarios de los cargos electivos y la igualdad de todos ante la ley”.*

También debemos recordar que la Constitución de la Monarquía española, aprobada por las Cortes de Cádiz en 1812 – fuente directa de muchas constituciones sudamericanas- sostuvo que *“la soberanía existe esencialmente en la Nación y, por lo*

---

1 Ex profesor de Derecho Administrativo y Derecho Público II y III en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República Oriental del Uruguay. Ex miembro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que participó en la redacción del proyecto de Convención Americana de Derechos Humanos. Ex Ministro de Economía y Finanzas y Presidente del Baco Central del Uruguay. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Miembro correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Codirector de la revista jurídica “La Justicia Uruguaya”. Autor de “Constitución de la República Oriental del Uruguay, anotada, comentada y concordada”, ed. La Ley Uruguay, 2014.

2 **Gelli, María Angélica**, “Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada”, tomo I, La Ley. 4ª. Ed., 2008, p. 22.

*mismo, pertenece a ésta exclusivamente el derecho de establecer sus leyes fundamentales”*

Por **Nación** entendemos que es el grupo humano nacido en un determinado territorio que reconoce la tradición de sus antepasados y las trasmite a las futuras generaciones, con un idioma común, costumbres similares y que aspira a un destino común. En ella radica el poder soberano de aprobar una Constitución.

Por **Constitución** entendemos el pacto solemne de los integrantes de una nación de constituir una organización política soberana.

No obstante esta definición generalmente compartida, existen ciertas visiones complementarias.

Para Hesse constitución es el orden jurídico fundamental de la comunidad y es la cúspide del ordenamiento jurídico de un Estado del cual derivan las demás fuentes del Derecho

En el Estado Constitucional de Derecho Democrático y Social, según Martín Risso Ferrand – catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad Católica del Uruguay -, Constitución es el código político contramayoritario, que impone límites al ejercicio del poder por la mayoría, que controla a los gobernantes y da garantías a los gobernados en el ejercicio de los derechos humanos, definidos como tales por el ordenamiento jurídico internacional y según las pautas de un Estado constitucional democrático y social de Derecho. En esta definición se toma en cuenta la superioridad del Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos respecto del Derecho Constitucional y se pone el énfasis en el carácter contramayoritario de la Constitución.

Por **Democracia** entendemos el régimen político que realiza el auto gobierno colectivo, a través de la decisión mayoritaria sujeta a determinados límites y que justifica la obligación de obedecer las normas que dicten los gobernantes. Es un método para la toma de decisiones políticas, basado en el pluralismo de los partidos políticos, en la libertad de expresión de la opinión pública y en el control y responsabilidad de los gobernantes.

Pero la simple decisión mayoritaria no sería suficiente para caracterizar la democracia, sino que es necesario complementarla con otros valores: la protección de los derechos humanos, la participación popular, la distribución del poder, la deliberación pública.

*“En los regímenes democráticos – dice **Héctor Gros Espiell**<sup>3</sup>- el control y la limitación del poder están en la esencia misma de la naturaleza del régimen político”, “ningún órgano en la Democracia tiene competencias ilimitadas”, “uno de los enemigos de la Democracia y del Estado de Derecho ha sido y es, el fenómeno de la personalización*

3 **Gros Espiell, Héctor**, “El control del poder y la democracia. Una reflexión uruguaya” en “Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Daniel Hugo Martins”, FCU, 2008, p. 375 y ss.

*del poder”, “el poder en la Democracia no puede ser la consecuencia de la voluntad, sólo personal, de un gobernante o de un funcionario”.*

*“La garantía efectiva de los Derechos Humanos – agrega – lo constituye la existencia de regímenes electorales libres y justos, sin coacción ni fraude, un sistema de separación y equilibrio de los poderes del Gobierno, un mecanismo que asegure el respecto de la superioridad de la Constitución y la responsabilidad, sin excepciones, por las consecuencias de la violación del Derecho...” “Por eso la rotación de los partidos políticos en el gobierno es esencial para que el control del poder sea real y efectivo”... “Pero todo esto de nada serviría sin la Libertad, sin respeto efectivo de los Derechos Humanos, sin plena libertad de emisión y trasmisión del pensamiento para todos, por todos los medios existentes y sin libertad de buscar y recibir información sin trabas ni impedimentos, todo lo demás, incluso la separación de poderes del gobierno, no podría servir para el control efectivo del poder”.*

*“El control del poder – concluye - ha sido y es absolutamente necesario para el surgimiento, la existencia, la subsistencia y el futuro de la Democracia...debe resultar jurídicamente de un sistema general, en que se conjuguen armoniosamente los controles parlamentarios, los jurisdiccionales y los administrativos, en base a la existencia de una opinión pública libre, de medios independientes y responsables, de la vigencia plena de la Libertad y de los Derechos Humanos”.*

## **2. Actualmente existen diversas concepciones de democracia: <sup>4</sup>**

- a) **la democracia liberal** que se basa en la libertad personal, en la protección de la propiedad privada y la libertad económica, en el pluralismo político y en el constitucionalismo republicano.
- b) **la democracia populista** para la cual la decisión mayoritaria es la principal fuente de legitimidad, generalmente demagógica y clientelística, pudiendo degenerar en la democracia plebiscitaria y llegar a la dictadura de las mayorías.
- c) **la democracia participativa** en la cual, para los más radicales, la participación de la sociedad civil es un fin en sí mismo, debiendo suplantar las elecciones competitivas por la discusión orientada al consenso.
- d) **la democracia deliberativa** para la cual la legitimidad de las decisiones surge de la deliberación pública de los ciudadanos, que es la esencia misma de la democracia,
- e) **la democracia pluralista** para la cual la ausencia de un único centro de poder es su característica fundamental: ser una poliarquía con diversos centros de poder y diversos intereses (sindicatos, cámaras empresariales, partidos políticos, grupos étnicos, etc.). Son requisitos necesarios para saber si nos encontramos ante un gobierno poliárquico: la existencia de funcionarios electos, elecciones libres e imparciales, sufragio inclusivo, derecho a ocupar cargos políticos, libertad de

<sup>4</sup> **Marquicio Aguirre**, Ricardo, “Democracia, Concepto, concepciones y justificación normativa”. En Revista de la Facultad de Derecho de la UDELAR, N° 14, enero –junio de 2013, pag. 97 a 122.

expresión, variedad de fuentes de información y autonomía asociativa.

- f) **la democracia representativa** es aquella donde el gobierno es ejercido por los representantes de la ciudadanía, electos libremente, por la imposibilidad de la existencia de **la democracia directa** en la que los ciudadanos deciden en conjunto todos los temas de gobierno.

### 3. La Carta de la O.E.A.

En 1948 los Estados del Continente Americano constituyeron una organización regional, dentro de las Naciones Unidas, refirmando, entre otros, los siguientes principios: la organización política de los Estados Parte requiere *“el ejercicio efectivo de la democracia representativa”* y de *“la justicia y la seguridad sociales”*; *“los Estados americanos proclaman los derechos fundamentales de la persona humana, sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo”*.

En 1969 la Conferencia especializada de la O.E.A., reunida en San José de Costa Rica, aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos, *“refirmando su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, su régimen de libertad personal y de justicia social, fundada en el respeto de los derechos esenciales del hombre”*, *“que tiene como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifica la protección internacional de naturaleza convencional, coadyuvante o complementaria de lo que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”*.

La Convención ratifica la existencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, creada en 1960, e instituye la Corte Interamericana de Derechos Humanos, comprometiéndose los Estados Parte a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna, no pudiendo interpretarse ninguna disposición de dicha Convención en el sentido de *“excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o se derivan de la forma democrática representativa de gobierno”*.

En cuanto al derecho a la propiedad privada, la Convención expresa: *“toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o interés social y en los casos y según la forma establecidas por la ley”*. *“Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre deben ser prohibidas por la ley”*.

### 4. Violación del régimen democrático representativo

No obstante la común convicción de que la democracia representativa es el régimen



más conveniente muchas de las repúblicas del Continente americano debieron soportar dictaduras autoritarias durante décadas y en el caso de Cuba, en 1976, adopta una constitución que se aparta de los principios de la Carta de la OEA y de la Convención Interamericana de Derechos humanos, estableciendo en el preámbulo la siguiente declaración: *“guiados por el ideario de José Martí y las ideas político- sociales de Marx, Engels y Lenin; decididos a llevar adelante la revolución... encabezada por Fidel Castro que... conquistó la plena independencia nacional, estableció el poder revolucionario, realizó las transformaciones democráticas, inició la construcción del socialismo y con el Partido Comunista al frente, lo continuó con el objetivo final de edificar la sociedad comunista”*.

El art. 5° declara que: *“El Partido Comunista de Cuba, martiniano y marxista- leninista, vanguardia organizada de la revolución cubana, es la fuerza dirigente superior de la sociedad y el Estado, que organiza y orienta los esfuerzos comunes hacia los altos fines de la construcción del socialismo y el avance hacia la sociedad comunista. El art. 6° expresa: “La Unión de Jóvenes Comunistas, organización de la juventud cubana de avanzada, cuenta con el reconocimiento y estímulo del Estado en su propósito primordial de promover la participación activa de las masas juveniles en las tareas de edificación socialista y de preparar adecuadamente a los jóvenes como ciudadanos concientes y capaces de asumir responsabilidades cada día mayores en beneficio de nuestra sociedad”*.

El art. 9° proclama que *“En la República de Cuba rige el sistema de economía basado en la propiedad socialista de todo el pueblo sobre los medios fundamentales de producción y en la supresión de la explotación del hombre por el hombre... En consecuencia – según el art. 15 – “Son propiedad socialista de todo el pueblo: 1. Las tierras que no pertenecen a los agricultores pequeños o a cooperativas integradas por ellos, el subsuelo, las minas, los recursos naturales tanto vivos como no vivos dentro de la zona económica marítima de la República, los bosques, las aguas y las vías de comunicación: 2. Las centrales azucareras, las fábricas, los medios fundamentales de transporte y **cuantas empresas, bancos e instalaciones que hayan sido nacionalizadas o expropiadas a los imperialistas, latifundistas y burgueses, así como las fábricas y empresas e instalaciones económicas y centros científicos, sociales, culturales y deportivos construidos, fomentados o adquiridos por el Estado y los que en el futuro construya, fomenta o adquiera”***

Según el art. 16: *“El Estado organiza, dirige y controla la actividad económica nacional conforme a un plan que garantice el desarrollo programado del país, a fin de fortalecer el sistema socialista”*.

De acuerdo al art.19: *“El Estado reconoce la propiedad de los agricultores pequeños sobre las tierras que legalmente les pertenecen y demás bienes inmuebles y muebles que les resulten necesarios...**Se prohíbe el arrendamiento, la aparcería, los préstamos***

**hipotecarios y cualquier acto que implique gravamen o cesión a particulares de los derechos emanados de la propiedad de los agricultores pequeños sobre sus tierras...** *Se autoriza la organización de cooperativas de producción agropecuaria... forma avanzada y eficiente de producción socialista*” y según el art. 21: *“Se garantiza la propiedad personal sobre los ingresos y ahorros procedentes del trabajo propio, sobre la vivienda que se posea con justo título de dominio y demás bienes y objetos que sirvan para a satisfacción de las necesidades materiales y culturales de las personas Asimismo se autoriza la propiedad sobre los medios o instrumentos de trabajo personal o familiar; los que no pueden ser utilizados para la obtención de ingresos provenientes de la explotación del trabajo ajeno”*.

He reproducido pasajes de la Constitución cubana de 1976 para comprobar que se aparta del régimen democrático representativo que exige la Carta de la O.E.A. para ser parte de la organización regional y no cumple con garantizar el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales.

## 5. La Carta Democrática de la O.E.A.

Dicho apartamiento surge con toda evidencia si analizamos la resolución de la Asamblea General de la O.E.A., adoptada el 11 de setiembre del 2001, aprobando la Carta Democrática de la O.E.A.

Dicha resolución dice: *“Considerando que la Carta de la O.E.A. reconoce que la democracia representativa es indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región y que uno de los propósitos es promover y desarrollar la democracia representativa; Teniendo presente que la declaración americana de los derechos y deberes del Hombre y la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos contienen los valores y principios de libertad, igualdad y justicia social que son intrínsecos a la democracia”, declara: “son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo. El régimen plural de partidos y organizaciones políticas y la separación e independencia de los poderes públicos”. “La democracia – agrega el art. 20 – es un sistema de vida fundado en la libertad y el mejoramiento económico, social y cultural de los pueblos”. “La ruptura del orden democrático o una alteración del orden constitucional que afecte gravemente el orden democrático – dice el art. 19 – constituye, mientras persista, un obstáculo insuperable para la participación de su gobierno en las sesiones... de los órganos de la O.E.A. El Consejo Permanente, según la situación, podrá disponer la realización de las gestiones diplomáticas necesarias, incluidos los buenos oficios, para promover la normalización de la institucionalidad democrática”*.

Brevemente examinaremos, para terminar nuestra disertación si los países integrantes

del Mercosur cumplen con la Carta Democrática de la OEA y si constituyen Estados Constitucionales de Derecho democrático y social.

**Argentina.** La Constitución de la Nación Argentina de 1994 adopta para su gobierno **la forma representativa republicana** – la misma fórmula que originariamente había consagrado la Constitución de 1826 y mantenido la de 1853-60 - pero la actual menciona “*el sistema democrático*” en varias disposiciones. Protege los Derechos Humanos, entre ellos el derecho de propiedad y la libertad económica, sin otras limitaciones que las que establezca la ley, aunque respetando su esencia. Otorga a los Tratados de Derechos Humanos jerarquía constitucional, debiendo entenderse que son complementarios de los derechos y garantías establecidos en la Constitución. También protege al medio ambiente, a los consumidores y a la libre competencia.

**Brasil.** La Constitución de 1988 proclama que es un **Estado democrático de Derecho**. La Constitución tiene primacía sobre el resto del ordenamiento jurídico y establece los principios que deben observarse en el ejercicio del poder y los contralores a que está sujeto. Tanto en el Estado federal, como en los Estados y los Municipios, los gobernantes son electos por el pueblo. La propiedad es un derecho fundamental, inherente a las personas, que tiene una función social que cumplir. En cuanto a la actividad económica debe observar los siguientes principios: 1) soberanía nacional, 2) propiedad privada, 3) función social de la propiedad, 4) libre concurrencia, 5) defensa del consumidor, 6) defensa del medio ambiente, 7) reducción de desigualdades regionales y sociales, 8) búsqueda del pleno empleo, 9) tratamiento favorable a las empresas nacionales de pequeño porte.

**Paraguay.** La Constitución de 1992 instituye un **Estado social de derecho y adopta para su gobierno la democracia representativa, participativa y pluralista**, fundada en el reconocimiento de la dignidad humana. Se garantizan los derechos individuales y sociales. Se garantiza la propiedad privada, cuyo contenido y límites establecerá la ley, atendiendo a su función económica y social, a fin de hacerla accesible a todos. Toda persona tiene derecho a la actividad económica lícita de su preferencia, dentro de un régimen de igualdad de oportunidades. Se garantiza la competencia en el mercado.

**Venezuela.** Al considerarse el proyecto de Carta Democrática, en la sesión del 5 de junio del 2001 – según las actas que pueden leerse en google- el representante del Gobierno Bolivariano de Venezuela manifestó que “*En tiempos de la Novena Conferencia, realizada en Bogotá en mayo de 1948, contra el comunismo se oponían ideologías nutridas de liberalismo político y contra las democracias populares, que eran expresión del modelo autoritario soviético, se enfrentaba el concepto de democracia representativa. La lucha por defenderla y perfeccionarla, por hacerla realidad es un propósito irrenunciable del gobierno de Hugo Chávez. De allí nuestra exigencia de que la democracia tenga carácter participativo. Democracia sin participación es*

*una quimera... Nuestra Constitución (de 1999) en el art 6° reza lo siguiente: “El gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y de las entidades políticas que la componen (porque es un Estado federal compuesto por el Estado federal, los Estados federados y los Municipios), es y será siempre democrático, participativo, electo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables”. Consideramos a la democracia participativa como uno de los componentes esenciales de la doctrina democrática hemisférica. No contraponemos la democracia participativa a la democracia representativa. Ambas se complementan”.*

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, consagra la forma democrática representativa de gobierno, estableciendo que tanto el Estado Federal, como los Estados y los Municipios serán gobernados por representantes electos por la ciudadanía con las garantías del sufragio, respetándose el principio de la división de poderes y el ejercicio efectivo de los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana (Pacto de San José de Costa Rica).

Pero, en el año 2007, el Presidente Chávez propicio una reforma constitucional para imponer el Socialismo del siglo XXI, concepción marxista de la economía y de la sociedad, lo que fue rechazado por el pueblo venezolano. No obstante ello, el Presidente Chávez hizo aprobar, en diciembre de 2010, la ley orgánica del Poder Popular y de las Comunas y el Sistema Económico Comunal que violan la Constitución de 1999.

El ilustre profesor venezolano Allan R. Brewer-Carias, en su reciente *“Tratado de derecho administrativo”*, editado en Caracas, en 2011, denuncia que la legislación aprobada en la República Bolivariana de Venezuela el 21 de diciembre del 2010 instituyendo el Poder Popular y el Estado Comunal y aprobando la ley orgánica del sistema económico comunal *“busca sustituir el sistema de economía mixta consagrado en la Constitución de 1999, por un sistema económico comunista o socialista, que se desarrolla “a través de organizaciones socio productivas bajo formas de propiedad socio comunal”*( unidades productivas familiares, grupos de trueque, etc.), con la finalidad *“de fomentar el sistema económico comunal en el marco del modelo productivo socialista...”*

**El modelo productivo socialista**, según lo define la ley, **está “basado en la propiedad social, orientado hacia la eliminación de la división social del trabajo propio del modelo capitalista....”**.

Estas disposiciones –agrega Brwer-Carias - *“han terminado de definir, al margen de la Constitución, el marco normativo de un nuevo Estado, paralelo al Constitucional, denominado Estado Comunal,..”*.

**La ley orgánica del Poder Popular** dispone que la soberanía será ejercida

directamente por el pueblo, mediante voceros electos en asambleas de ciudadanos, *“en lo político, económico, social, cultural, ambiental, internacional, y en todo ámbito de desenvolvimiento y desarrollo de la sociedad, a través de sus diversas y disímiles formas de organización, que edifican el estado comunal”* y no a través de sus representantes democráticamente elegidos.

**La ley orgánica de las Comunas crea el “Estado Comunal”, en el cual “el poder es ejercido directamente por el pueblo, con un modelo económico de propiedad social...”** suplantando al Municipio que, según la Constitución de 1999, es la *“unidad política primaria de la organización nacional”*.

*“Con ello – concluye Brewer Carías<sup>5</sup> – se dispone legalmente el vaciamiento de competencias de los Estados y Municipios, y de sus administraciones públicas, de manera que queden como estructuras vacías, con gobiernos representativos electos por el pueblo pero que no tienen materias sobre las cuales gobernar”.*

A mi juicio, el actual régimen político de Venezuela no cumple con la Carta Democrática de la OEA.

**Uruguay.** Desde 1934 la República Oriental del Uruguay adopta para su gobierno la **forma democrática republicana**, que en realidad es “democrática representativa con algunos aspectos de democracia directa”: la iniciativa legislativa popular, el referéndum revocatorio de leyes y decretos departamentales, el plebiscito ratificatorio de proyectos de reforma constitucional.

La Constitución uruguaya, conforme a la Carta Democrática de la OEA, protege los derechos fundamentales, incluso los derechos sociales y el medio ambiente. El derecho de propiedad es inviolable, pero puede ser limitado por leyes dictadas por razones de interés general. La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución no excluye otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno.

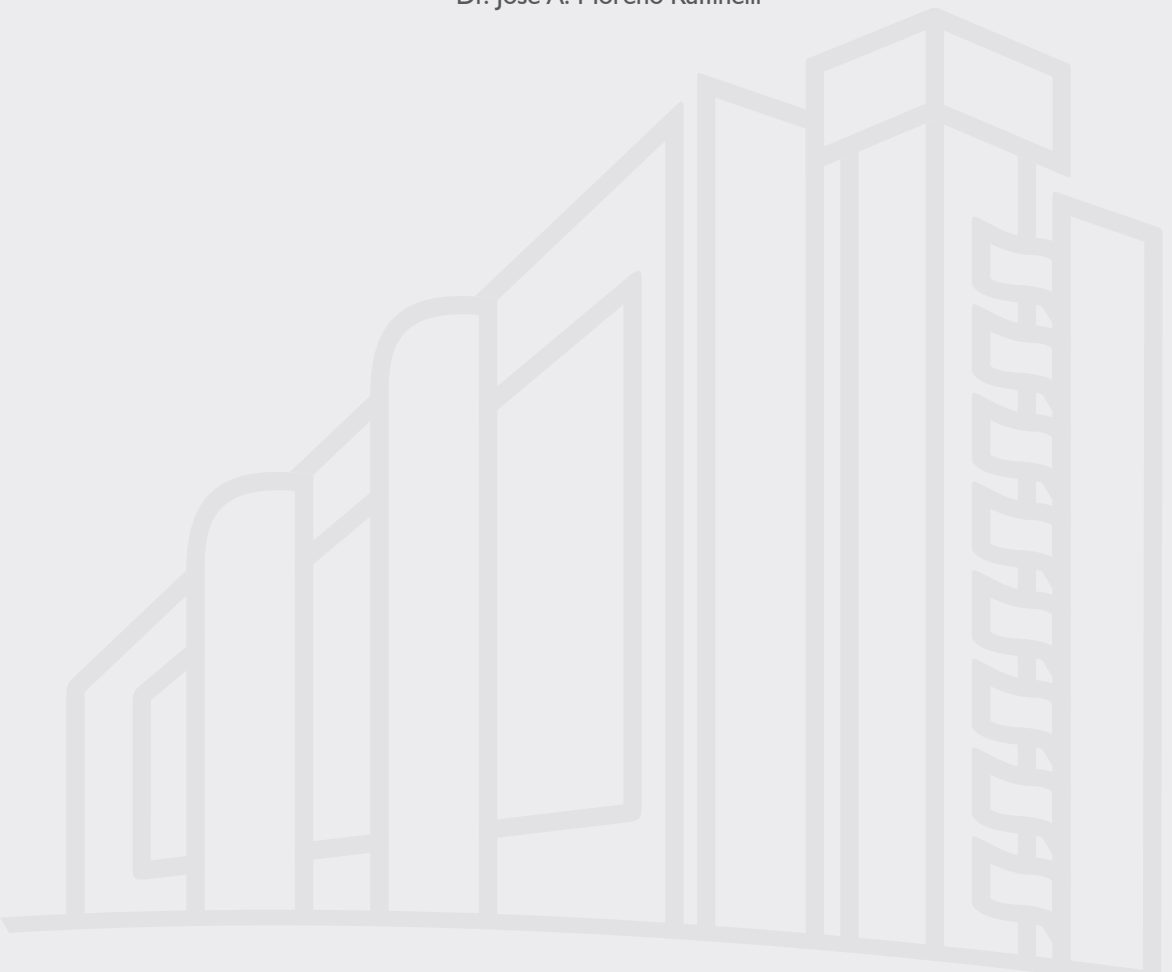
---

<sup>5</sup> Brewer Carías, Allan R., “Tratado de derecho Administrativo”, tomo II, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, p. 821.



# RELACIONES COMERCIALES MERCOSUR UNION EUROPEA

Dr. José A. Moreno Ruffinelli







# RELACIONES COMERCIALES MERCOSUR UNION EUROPEA

Dr. José A. Moreno Ruffinelli<sup>1</sup>

**SUMÁRIO:** 1. Introducción; 1.1 Unión Europea; 1.2 Mercosur; 2. Relaciones Mercosur Unión Europea; 3. Perspectivas.

## 1. Introducción

### 1.1 Unión Europea

A partir de la década del cincuenta, varios países en el mundo comienzan una nueva era en materia de sus relaciones internacionales. Los países entienden que en solitario el camino hacia el desarrollo es muy difícil y buscan en consecuencia, integrar sus economías.

Francia y Alemania dieron el primer paso al constituir en 1952 la “Comunidad del Carbón y del Acero”. Ponían así fin a un enfrentamiento de siglos, que había producido enormes daños a sus países. Territorios que se ganaban y perdían de acuerdo a las guerras que libraban con las secuelas que ello acarrearaba, presupuestos con enormes déficits y un comercio muy limitado eran los resultados de esa política de constantes desacuerdos.

Es sin embargo en 1958 cuando se firma el Tratado de Roma, que crea la Comunidad Económica Europea, integrada por seis países, cuando se comienza a hablar con mayor frecuencia de la supranacionalidad, porque sus firmantes comprendieron que era el único y verdadero camino para una real integración. Pero en realidad me atrevería a decir que dicho concepto fue más una gran elaboración pretoriana que legislativa o normativa. En efecto, fue el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el que, conforme lo anota Louis J.V., “ha dejado a un lado ese concepto de soberanía indivisible, sustituyéndolo por otro nuevo de soberanía divisible, esto es para cada materia, el cual se ajusta más al concepto de comunidades”.

En América Latina, buscando antecedentes se ve que se intenta, en 1961 crear un espacio de integración, aunque no con las características del citado anteriormente, pero fue un comienzo. Se llamó Asociación Latinoamericana de Libre Comercio, cuyas siglas eran ALALC. No tuvo el éxito esperado, aunque no puede negarse que hubo avances entre los países que comenzaron a acordar regímenes especiales, y

---

<sup>1</sup> Abogado y Doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Asunción  
Profesor Titular de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Asunción y de la Universidad Católica de Asunción (grado y posgrado)

Se ha desempeñado en cargos del sector público como ser Presidente de la Honorable Cámara de Diputados, Ministro de Relaciones Exteriores de la República del Paraguay; Presidente del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR, entre otros.

Autor de numerosas obras jurídicas y de diversos artículos publicados en revistas especializadas. Miembro de diversas asociaciones a nivel nacional e internacional.

sobre todo se incluye un concepto de suma importancia: país de menor desarrollo relativo, para aquellos cuya economía estaba en franca asimetría con los demás.

El citado acuerdo fue sustituido en 1985 por el Tratado de ALADI (Asociación Latinoamericana de Integración), que tampoco tuvo la relevancia esperada. A este respecto nos dice el mismo autor citado .

Paralelamente, los países de América del Sur comenzaron procesos de integración. La Comunidad Andina de Naciones, por un lado, y el MERCOSUR, por el otro.

## **1.2 Mercosur**

Para entrar en materia quizá sea mejor y más conveniente recordar algunos antecedentes históricos del MERCOSUR. Ver que si bien fue un proceso relativamente breve de dos o tres años, sin embargo tiene antiguos antecedentes que serán mencionados.

El 9 de noviembre de 1988 Argentina y Brasil suscribían el Tratado de Integración, Cooperación y Desarrollo, que ponía fin a una larga etapa de desencuentros entre ambos países. Recuérdese que en la época de los gobiernos militares entre ambos países, la norma en las relaciones era la tensión, que se expresaba de diferentes maneras, pero sobre todo de una pretendida hegemonía en la región.

Si bien el Tratado al que hicimos alusión se refería fundamentalmente a cuestiones de carácter comercial, materia en que se concentraban las mayores desavenencias, quedó en claro que la integración era el mejor camino para superar los desacuerdos a nivel regional, acorde con la tendencia que en esta dirección había ganado terreno en el mundo. Uruguay y Paraguay fueron invitados más tarde a ingresar al proceso, cuando en estos países se dieron las condiciones políticas, y en fecha 26 de marzo de 1991 se firmó en Asunción el Tratado que da origen al Mercado Común del Sur, o MERCOSUR, con estos cuatro países como miembros plenos. Es por esa razón que estos dos últimos países prácticamente no tuvieron tiempo para negociar su ingreso, pues era o hacerlo ahora, o esperar no se sabe cuánto tiempo. Pero con el tiempo se fueron corrigiendo algunas cuestiones capitales, como ser el tema de las asimetrías, por ejemplo.

En el CONSIDERANDO del Tratado se establece con meridiana claridad cuál es su objetivo principal cuando dice: “que la ampliación de las actuales dimensiones de los mercados nacionales, a través de la integración, constituye condición fundamental para acelerar los procesos de desarrollo económico con justicia social”.

Si se lee con detenimiento esta frase, en ella está contenida el meollo del proceso integrador. Lo que ha movido a los gobiernos de los cuatro países de entonces fue crear un mercado ampliado que pudiera promover un mayor desarrollo de los

mismos. Paraguay, de un mercado de algo más de cinco millones de habitantes, pasaba a integrar uno de alrededor de doscientos millones. Uruguay, con algo más de tres millones, se encontraba en la misma situación. La propuesta para estos países pequeños era pues, sumamente atractiva. Dependía luego de la voluntad política de los países alcanzar el objetivo.

El proceso nació y vivió sus primeros años con gran entusiasmo. Se notó inmediatamente un gran avance en el comercio intrarregional. Sin embargo, de a poco los intereses muy fuertes, sobre todo venidos del medio empresarial, comenzaron a resquebrajar lentamente al bloque. Por otra parte, un hecho importante de destacar es que Argentina y Brasil nunca denunciaron el Tratado de Amistad, Cooperación e Integración de 1988 de modo que, cuando convenía a sus intereses, lo exhumaban y decían que tal cuestión entraba dentro del ámbito de la bilateralidad, lo cual provocó no pocas protestas de los otros dos socios, que sentían los efectos discriminatorios emergentes de dichos acuerdos.

Pero aún dentro de este contexto existen temas que deben ser visualizados con otra óptica, como el de las evidentes asimetrías entre las economías de los socios grandes y los chicos que, si bien fueron reconocidas por Brasil y Argentina en la Cumbre de Asunción de junio de 2003, hasta la fecha no hay acuerdos que en la práctica se traduzcan en medidas realmente efectivas para paliarlas.

También la crisis brasileña del real en 1999 y la de Argentina de diciembre del 2001 provocaron por parte de esos países sendos pedidos de “waivers” para ciertos rubros, lo cual fue accedido, pero con una evidente perforación del arancel externo común aprobado por los cuatro países.

Si se tiene en cuenta que el Tratado es Interestatal y no Supranacional, las dificultades para la integración se multiplican, ya que existe el problema de la necesidad de la internalización de las diversas normas, lo que veces es utilizado por los estados socios como una forma de salvaguardia para que las mismas no entren en vigencia.

## **2. Relaciones Mercosur Unión Europea**

Los dos bloques regionales citados entendieron que era necesario buscar un acuerdo de libre comercio entre ambos, de manera a incrementar el flujo de importaciones y exportaciones, que si bien era importante, podría ser acrecido luego de un acuerdo de esta naturaleza. Se sabía que no era una cuestión fácil porque había muchos rubros en los que los intereses de ambos colisionaban, pero se pensaba que con negociaciones sensatas ello podría superarse.

Es así que en el año 1995 la UE y el MERCOSUR firman un Acuerdo Marco Interregional de Cooperación, que entró a regir en el año 1999. También se firmó

una Declaración Conjunta con las bases para el diálogo político que las partes debían mantener periódicamente. Esto se cumplió en parte manteniéndose provechosas conversaciones sobre los temas de interés no solamente bilateral (Mercosur-UE) sino también a otros que nos afectan a nivel mundial.

Las negociaciones comenzaron formalmente un año después, es decir en el 2000. A fin de distribuir mejor la tarea y avanzar lo más rápidamente el acuerdo se dividió en tres capítulos el comercio, el diálogo político y la cooperación. En verdad en esa primera etapa lo que mejor funcionaron fueron los acuerdos de cooperación que fueron firmados entre los bloques.

Las negociaciones comerciales comprendían ofertas que debían hacerse las partes buscando alcanzar la mayor cantidad de productos liberados de aranceles. Pero siempre se tropezaban con intereses muy fuertes, sobre todo en el campo agrícola, donde era cada vez mayor la presión que ejercían los propios interesados en el sector.

Por una parte Europa aducía que no solamente se beneficiaban los agricultores sino también el medio ambiente, la conservación de los paisajes, entre otras cosas. En este lado del mundo, en verdad debemos reconocer, que no hemos sido cuidadosos ni con el medio ambiente ni nos hemos preocupado mucho por los paisajes.

Pero aun así se llegó a un estancamiento prácticamente en las negociaciones a partir del año 2004. Las ofertas no satisfacían a las partes y en consecuencia quedaba poco margen para ajustar las conversaciones. Sin embargo debe decirse que en todo momento subsistió el interés de ambas partes por llegar a acuerdos, aunque todo esto se manejaba solamente a nivel político. De ambos lados se criticaba que las ofertas eran poco ambiciosas, y que de esa manera no podía avanzarse.

Como se dijo, políticamente hubo siempre esfuerzos para no perder todo el acervo que aunque con dificultades y aunque también no hayan sido substanciales, se había logrado.

Dentro del marco político se realizó en el año 2008 en Lima una cumbre Mercosur Unión Europea, cuyo objetivo a mi criterio era simplemente mantener latente el interés de ambas partes de llegar alguna vez a un acuerdo de libre comercio.

Sobre todo debe tenerse en cuenta que en el año 2002 y luego de ingentes y largas negociaciones Chile y la Unión Europea habían logrado firmar el acuerdo de Libre Comercio.- Dicho acuerdo se firmó en el marco de una cumbre Mercosur Unión Europea en Madrid 2002 y en presencia de todos los cancilleres y algunos primeros ministros. Era una señal más que evidente que se enviaba al Mercosur desde la Unión Europea sobre el interés de firmar el acuerdo de libre comercio.

Las conversaciones para este efecto se reiniciaron en el 2010 también dentro del marco de una Cumbre Mercosur Unión Europea y continúan hasta hoy.

Lo que se pretendió a partir de la reanudación de las conversaciones es lograr un entendimiento que llenase las expectativas en todos los campos de las actividades empresariales, es decir además de productos agrícolas e industriales también que abarque propiedad intelectual, compras gubernamentales y otros aspectos atinentes al comercio.

### **3. Perspectivas**

A pesar de las declaraciones hasta si se quiere un tanto exageradas por ambas partes en el sentido de acordar lo más rápido posible un acuerdo, en la práctica vimos que no es así.

Desde mi punto de vista lo que más ha influido para que estas negociaciones demoren, o vayan mutando de posición, es el hecho de la incorporación de nuevos países a ambos bloques.

Si bien en la Unión Europea fue mucho más significativa la cantidad (Los países incorporados en el 2004 fueron: Chipre, República Checa, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta, Polonia, Eslovaquia y Eslovenia.), también Mercosur tuvo una sola incorporación formal, la que fue mucho más perjudicial a los efectos de la negociación, porque finalmente dado los problemas internos que aquejaban al nuevo socio ( y subsisten hasta ahora) quedó fuera de la negociación. Esta situación a mi criterio creó una sombra de desconfianza hacia Mercosur, ya que si uno de sus miembros ( Venezuela), no cumplía con los acuerdos intra, mucho menor podría cumplir los acuerdos extra, si bien no hubo manifestaciones expresas en este sentido. Y no cumplía porque los Estados Partes admitieron que hubiera el ingreso político de Venezuela antes de ajustar las cuestiones propias de un bloque regional de integración. Ahora se ha sumado el pedido de incorporación de Bolivia, el cual y teniendo en cuenta la experiencia con Venezuela debe ser implementado de manera correcta, es decir como mandan los protocolos respetivos de integración firmados en el marco del Mercosur.

Hoy ante un nuevo escenario tenemos a Brasil con su economía en decrecimiento y Argentina que necesita aun de algún tiempo para recuperarse de la falta de inversión durante gobiernos anteriores, por lo cual mi impresión es que, a pesar de los esfuerzos será difícil un acuerdo en el corto plazo, que a su vez Europa no está pasando su mejor momento.

Pero los acuerdos de integración siguen. No hace mucho se firmó el acuerdo de Estados Unidos, Japón, y Australia, Brunei Darussalam, Canadá, Malasia, Nueva

Zelanda, Perú, Singapur y Vietnam. Son ochocientas millones de personas lo cual significa el mayor acuerdo de libre comercio suscripto hasta la fecha.

Entonces, aun con retrasos, en algún momento se firmará el Acuerdo Mercosur Unión Europea. Esperemos que dicho acuerdo traiga beneficios para ambos bloques. Así el esfuerzo empeñado y los años pasados habrán valido la pena.

# TRATADOS BILATERALES DE INVERSIONES (TBI) Y EL CONTRATO DE INVERSIÓN

Ernesto Velázquez Argaña







## **TRATADOS BILATERALES DE INVERSIONES (TBI) Y EL CONTRATO DE INVERSIÓN. ¿JURISDICCIÓN LOCAL O INTERNACIONAL? INTERACCIONES ENTRE EL DERECHO PÚBLICO Y EL DERECHO PRIVADO**

Ernesto Velázquez Argaña<sup>1</sup>

**SUMARIO:** 1. Introducción; 2. La protección de las inversiones y la resolución de controversias internacionales derivadas de la inversión extranjera; 3. Tratados Bilaterales de Inversiones (TBI): Importancia, aplicación e interpretación; 4. Origen y evolución de los Tratados Bilaterales de Inversiones (TBI); 5. Incumplimiento de los TBI y la responsabilidad internacional; 6. ¿Contrato de Inversión o TBI? BIVAC v. República del Paraguay; 7. Conclusión.

### **I. Introducción**

En todo esquema de inversiones extranjeras es imprescindible establecer mecanismos eficientes y seguros encaminados a la resolución de las eventuales controversias surgidas entre los sujetos involucrados.

Atendiendo a que, en la generalidad de los casos, son los Estados -personas de derecho público- y los particulares (inversionistas) -personas de derecho privado- los jugadores principales en materia de inversiones extranjeras, en dicha realidad, se plantean cuestiones jurídicas complejas, que merecen tratamientos especiales, acordes a las circunstancias particulares.

La comunidad internacional, a través de diversos mecanismos, entre ellos los usos y costumbres, ha ido despejando dichas complejidades en aras del desarrollo económico -y de la expectativa de lucro- que conlleva toda inversión.

Es innegable que la existencia de mecanismos eficientes y confiables de solución de conflictos de inversión, en gran medida, ha venido propiciando la proliferación de la inversión extranjera en el mundo. En efecto, resultaría poco probable cualquier inversión extranjera si los exportadores de capital no estuvieran plenamente seguros de que existirían seguridades o garantías, expresados en instrumentos jurídicos idóneos, -y tribunales confiables-, que hagan posible la solución de las complejas cuestiones planteadas con las inversiones, que generalmente conecta a sujetos de distintas realidades culturales, sociales, con distintos sistemas jurídicos, tanto de

---

<sup>1</sup> Abogado por la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción”, Asunción (1988); Máster en Leyes (LLM), Universidad de Londres, Queen Mary and Westfield College (1991); Universidad de Oxford, Trinity College, Certificado en Estudios Diplomáticos (1990). Abogado, con énfasis en derecho bancario, corporativo, comercial, internacional y telecomunicaciones. Árbitro miembro del Centro de Arbitraje y Mediación del Paraguay. Profesor Asistente de Derecho Internacional Público, Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción”; anteriormente fue Asesor Jurídico del Ministerio de Relaciones Exteriores y representante del Paraguay ante la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Gerente de la Unidad Jurídica del Banco Central del Paraguay y actualmente miembro del Directorio de la mencionada institución.

derecho sustancial (fondo) como formal (procedimiento), y de diversos grados de desarrollo económico.

En este diseño, encaminado a zanjar las diferencias culturales y jurídicas entre los Estados y los particulares (inversionistas), cobra fundamental importancia los **Tratados Bilaterales de Inversión o “TBI”**, que configuran instrumentos internacionales que establecen las reglas de juego de una inversión extranjera, que atañe a nacionales que invierten en un Estado signatario y al mismo Estado que recibirá la inversión.

Los TBI configuran tratados internacionales<sup>2</sup> y, consiguientemente, se hallan regidos por el derecho internacional público. Conforme al referido derecho, la violación de sus disposiciones configura una contravención al derecho internacional, hace incurrir al Estado en responsabilidad internacional<sup>3</sup>, lo cual trae aparejado consecuencias jurídicas (reparaciones).

En el caso de la República del Paraguay, los tratados internacionales forman parte del derecho interno, en segundo rango de jerarquía legislativa, conforme al Art. 137 de la Carta Magna<sup>4</sup>, ocupando la Constitución Nacional el carácter de norma fundamental. Es importante destacar que el rango de validez normativa de un tratado internacional está determinado por cada sistema constitucional.

Es así que para algunos Estados, los tratados internacionales gozan de mayor jerarquía que la Constitución Nacional-como el caso de la República Argentina, con relación a los tratados de derechos humanos, por ejemplo-. Para otros, los tratados internacionales tienen el mismo rango de una ley –como es el caso de los Estados Unidos de América-, y por lo tanto pueden ser derogados por leyes posteriores.

Otro elemento clave en el complejo universo de las inversiones es el llamado **contrato de inversión**, que constituye un instrumento, principalmente regido por el derecho privado suscripto por el Estado (*De iure gestiones*<sup>5</sup>) -generalmente una institución, repartición,

2 Conforme a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, art. 1, 2, a) “...se entiende por “tratado” un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular; ...”. [http://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference\\_docs/Convencion\\_Viena.pdf](http://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/Convencion_Viena.pdf)

3 Conforme al Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, aprobado por la Comisión de Derecho Internacional, organismo de las Naciones Unidas, en el año 2001, “...todo hecho internacionalmente ilícito de un Estado da lugar a la responsabilidad de este” (art. 1). El Art. 3 del referido Proyecto determina los elementos. El elemento subjetivo aparece en el apartado a) y radica en que “...un comportamiento consistente en una acción u omisión es atribuible según el derecho internacional al Estado”. Por su parte el elemento objetivo se da cuando “...ese comportamiento constituye una violación de una obligación internacional del Estado”. Vide: GONZALEZ CAMPOS, Julio, SANCHEZ RODRÍGUEZ, Luis y ANDRES SAENZ DE SANTAMARÍA, Paz; Curso de Derecho Internacional Público, Editorial Civitas S.A., Madrid, España, 1998, p. 321, 324, y sigtes.

4 Constitución Nacional de la República del Paraguay, Art. 137. De la Supremacía de la Constitución: “La ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado...”.

5 A diferencia de la actuación “*De jure imperii*”, -regida por el derecho público-, que se verifica cuando el Estado despliega una función propia, por ejemplo, recaudar impuestos, ejercer la soberanía territorial, defensa, entre otros, funciones que

autoridad estatal- con un sujeto de derecho privado extranjero, donde se establecen los términos específicos de la inversión; por ejemplo, los referidos a la construcción de obras de infraestructura, la prestación de un servicio determinado, provisión de equipamientos, etc.

En los casos que serán citados más adelante, se percibirá la interrelación –y hasta tensión- que existe entre estos dos instrumentos esenciales para la inversión extranjera.

## **2. La protección de las inversiones y la resolución de controversias internacionales derivadas de la inversión extranjera**

La República del Paraguay es signataria de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados del año 1969. No todos los Estados del mundo son signatarios de esta Convención Internacional. No obstante, una gran mayoría de la comunidad internacional la ha adoptado<sup>6</sup>.

Ahora bien, en lo que casi todos los Estados coinciden es en la adopción de sistemas de protección de las inversiones, y particularmente del diseñado por el Convenio de Washington de 1965, que crea el Centro Internacional de Disputas de Inversiones (CIADI). En efecto, en la actualidad, más de 150 Estados del mundo, han ratificado la referida Convención, por lo que podemos afirmar, que el sistema de protección de las inversiones es *quasi* universal<sup>7</sup>.

Este sistema de protección, creado dentro del ámbito del Banco Mundial, otorga seguridad jurídica a los inversionistas, que requieren previsibilidad en el retorno de sus inversiones.

Ahora bien, dentro del esquema de protección y como ya ha sido mencionado más arriba, los TBI son piezas fundamentales y necesarias. Estos contienen, entre otros elementos, los derechos y obligaciones de los Estados donde se radican las inversiones y de los inversionistas, y la no menos importante cláusula de solución de controversias.

Esta cláusula generalmente, contempla un arbitraje internacional, ya sea dentro del esquema de la Convención de Washington (CIADI), arbitraje institucional, o -mucho menos recurrido-, un arbitraje *ad-hoc* regido por reglamentos de arbitraje particulares (no por instituciones arbitrales), como ser, por ejemplo, el aprobado por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL, por sus siglas en inglés).

---

son del dominio reservado del Estado (*reserved domain*), y privadas de cualquier injerencia internacional (Art. 2, inc.7), Carta de las Naciones Unidas).

6 *Vide:* <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law/epil/9780199231690/law-9780199231690-e1498>

7 *Vide:* <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/icsiddocs/Documents/List%20of%20Contracting%20States%20and%20Other%20Signatories%20of%20the%20Convention%20-%20Latest.pdf>

Por su parte, en el contrato de inversión, a los efectos de que sea excitado el sistema de protección del sistema del Convenio de Washington, debería necesariamente establecer que en caso de controversias éstas serían resueltas por arbitraje internacional bajo las reglas del CIADI.

Obviamente, conforme al principio de libertad contractual, las partes tendrán la libertad de elegir el tipo de solución de controversias<sup>8</sup> y la ley aplicable que estimen más adecuados. En otras palabras, no existe obligación de que los Estados pacten el sistema CIADI en los contratos de inversión. No obstante, un gran número de inversiones está regido por dicho sistema de solución de conflictos.

El reciente caso conocido como *BIVAC v. República del Paraguay*, decidido recientemente por un tribunal constituido bajo el CIADI, planteó la disyuntiva jurídica de la supremacía del contrato de inversión o del TBI cuando, por un lado, las partes, en el contrato de inversión, acordaron la aplicación exclusiva la jurisdicción local, y por el otro lado el TBI (suscripto entre el Estado del cual el inversionista es nacional y el Paraguay) estableció que las controversias serían decididas por un tribunal de arbitraje CIADI.

La cuestión dilucidada por los árbitros fue la siguiente: ante la existencia de dos instrumentos jurídicos relevantes para una inversión -contrato y tratado internacional-, que establecen distintos medios de solución de conflictos, cuál regiría ¿la norma interna o la internacional?

Este caso, al igual que en el caso *SGS v. República del Paraguay*, la fundamentación del laudo –y sobre todo la existencia de disparidad de criterios en los árbitros- dejó en evidencia la notable tensión generada por la interrelación de disposiciones del derecho privado (contrato de inversión) vis-a-vis el derecho público (TBI), en lo que concierne al arbitraje de inversiones.

En efecto, en uno de los casos (*BIVAC v. República del Paraguay*), el tribunal arbitral determinó que antes de abocarse a determinar si existieron violaciones de normas internacionales, debería primeramente recurrirse a la jurisdicción pactada en el contrato, por ser el reclamo de naturaleza contractual, aplicándose, entonces, el derecho contractual (contrato de inversión).

Curiosamente, en otro caso muy similar (*SGS v. República del Paraguay*), el tribunal arbitral determinó que primaba el derecho internacional público (TBI), a pesar que las partes hayan expresamente acordado en el contrato que la jurisdicción sería la de los tribunales de la ciudad de Asunción.

---

<sup>8</sup> Entre ellos, medios diplomáticos o políticos, a saber, negociaciones, mediación, conciliación, investigación, principalmente; o medios jurídicos, a saber, arbitraje –medio más recurrido-, o solución judicial, recurriendo a un tribunal jurisdiccional nacional.

Antes de hacer referencia a los citados casos -en cuya oportunidad se hará énfasis en el caso BIVAC-, consideramos muy importante, ahondar -aún más- en el concepto y la importancia de los TBI, que son los instrumentos internacionales que, generalmente, establecen la jurisdicción del CIADI.

### **3. Tratados Bilaterales de Inversiones (TBI): Importancia, aplicación e interpretación**

Como fue mencionado más arriba, los TBI son instrumentos internacionales, regidos por el Derecho Internacional Público (“DIP”), estructurados para la protección integral de inversiones extranjeras en un Estado determinado, y generalmente suscritos entre personas de derecho privado, nacionales de países exportadores de capitales, y Estados receptores de capitales<sup>9</sup>. Como se podrá colegir, en la otra parte de la relación jurídica planteada con el TBI casi siempre existe un país en vías de desarrollo involucrado.

Como muchos autores lo señalan, los TBI vienen a mitigar los efectos de la ausencia de un convenio multilateral que codifique las reglas de protección de las inversiones<sup>10</sup>, o de la ausencia de leyes específicas sobre inversiones en los Estados receptores de capital.

En ese sentido, los TBI son considerados -por los inversionistas, exportadores de capital- como “esenciales” para la protección de sus inversiones, pues mediante la suscripción, aprobación, ratificación y canje de los mismos por parte de los Estados involucrados en una inversión determinada, existirá -si es que no se pactara otra cosa en el contrato de inversión- la obligación de recurrir al arbitraje en caso de controversias surgidas de una relación de inversión (entre Estados e inversionistas nacionales del otro Estado signatario). Con esto se evita recurrir a la jurisdicción del Estado donde la inversión se encuentra radicada.

En otras palabras, la cláusula de resolución de controversias del TBI, mitiga el temor y la desconfianza que despierta en los inversionistas extranjeros los tribunales jurisdiccionales del Estado donde la inversión se encuentra radicada, en el entendimiento de que los mismos podrían estar sesgados en la defensa de los intereses del Estado receptor de la inversión. Esta es una preocupación atendible, sin lugar a dudas.

Por lo mencionado precedentemente, sería bastante improbable que el arbitraje de

---

9 Sin embargo, los flujos de inversiones directas no están únicamente sujetos a cientos de TBI, sino a una cantidad creciente de acuerdos multilaterales de inversión, regímenes regionales integración económica y de libre comercio e instrumentos internacionales de aplicación no obligatoria. Vid. ALVAREZ, José, *The Regulation of Foreign Direct Investment: Introduction*, 42 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 2 (2003).

10 VIVES CHILLIDA, Julio, *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones*, Editorial McGraw-Hill, Madrid, 1998. cit. pp.43.

inversión hubiera alcanzado la notoriedad actual sin la existencia de los TBI<sup>11</sup>.

A su vez, los TBI hubieran quedado desprovistos de su eficacia actual si los Estados no hubieran ratificado el Convenio de Washington -parte esencial del sistema de protección internacional de las inversiones-, pues es este tratado el que establece la obligatoriedad de los Estados parte, en caso que eso se haya acordado, de recurrir al arbitraje institucional del CIADI cuando existan controversias internacionales derivadas de las inversiones<sup>12</sup>.

Los TBI no solamente establecen la forma de solución del conflicto, sino también las obligaciones de los Estados relativas a inversiones en el otro Estado signatario que involucran a nacionales -personas físicas o jurídicas- de ese Estado.

Como tratados internacionales, los TBI están regidos por el Derecho Internacional Público, y particularmente por el llamado “Derecho de los Tratados”. En tal sentido, en caso de que ambos países signatarios del TBI fueran parte de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados<sup>13</sup> se aplicarían las disposiciones de la misma en la relación jurídica convencional entre Estados.

Cabe señalar que, no obstante a que la Convención de Viena de 1969 condensa y cristaliza el derecho consuetudinario internacional en materia de tratados, es posible que las disposiciones de la citada Convención -dependiendo de la conducta de los Estados involucrados en la controversia-, sean de aplicación en las relaciones jurídicas surgidas del TBI<sup>14</sup>, aún sin que estos Estados -o solo uno de ellos- sean signatarios.

11 MC LACHLAN, Campbell, SHORE, Laurence, WEINIGER, Matthew, afirman en su obra “*International Investment Arbitration*”, que: “*The large number of treaty arbitrations in recent years has been a product of an exponential growth in the number of BITs. The first BIT was signed in 1959 between Germany and Pakistan. By 1970 there were 72 BITs, by 1980 165, and by 1990 385. The number have grown ever faster since 1990 and the global total at the end of 2005 was put at 2.495*”, según datos de la UNCTAD, Investment Report 2006-FDI FROM Developing and Transition Economies Implications for Development (2006) 26, citado en MC LACHLAN, SHORE, WEINIGER, *International Investment Arbitration*, Oxford University Press, 2007, pp. 26.

12 Art. 25 (1) del Convenio de Washington de 1965: “(1) *La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado...*”.

13 La República del Paraguay ha ratificado la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 por Ley N° 289 del 28 de octubre de 1971. Transcripción del Convenio en: <http://www.mre.gov.py/v1/Adjuntos/Normativas/CONVENCIÓNDEVIENADE1969SOBREELDERECHODETRATADOS.pdf>

14 La Costumbre Internacional debe ser la prueba de una práctica general aceptada como derecho (Art. 38(2) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia). Como lo afirma BRIERLY, lo relevante es que exista un reconocimiento general entre Estados de que ciertas prácticas son obligatorias. Los elementos de la costumbre son: (a) **Duración**: siempre que sea probada la consistencia y la generalidad de una práctica, no es requerida ninguna duración particular, el paso del tiempo configurará no obstante parte de la prueba de la generalidad y consistencia. La Corte Internacional de Justicia no considera éste como un elemento definitivo. (b) **Uniformidad**: consistencia en la práctica. Una completa uniformidad no es requerida, pero sí una uniformidad sustancial. En el caso de las Pesquerías (*Fisheries Case*) en *ICJ Reports* 1951, p.116-131, la Corte rechazó aceptar la existencia de una regla de 10 millas para las bahías. El caso más importante al respecto, es el caso de Asilo (*Asylum Case*), en *ICJ Reports* (1950), a 276-7. (c) **Generalidad de la Práctica**: este elemento complementa el de la consistencia. La universalidad de la práctica no es requerida, el verdadero problema es determinar el valor de la abstención de protestar por un gran número de Estados en el caso de la práctica seguido por otros. (d) **Opinio Juris et necessitatis**: El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia refiere a una “práctica general aceptada como derecho”. Este

En los casos citados precedentemente, no sería de aplicación la Convención de Viena de 1969 *per se*, pero sí la costumbre internacional contenida en sus disposiciones de conformidad al Art. 38 (2), relativo a las fuentes del derecho internacional, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (único Anexo de la Carta de Naciones Unidas).

Como todos los tratados los TBI deben ser interpretados de buena fe, “... conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”<sup>15</sup>.

También es importante destacar, como lo expresó el CIADI en el laudo del caso *Asian Agricultural Products Ltd (AAPL) v. Sri Lanka*, que: “...el tratado bilateral de inversiones no es un sistema jurídico cerrado y completo, limitado a proporcionar normas materiales sustantivas de aplicabilidad directa sino que ha de contemplarse dentro de un contexto jurídico más amplio en el que normas de otras fuentes se integran a través de métodos de incorporación implícita o por referencia directa a ciertas normas suplementarias, ya sean de naturaleza jurídica internacional; ya de derecho interno”. En otras palabras, la protección de la inversión, también encuentra sustento en el derecho internacional público y aún en el derecho interno de los Estados<sup>16</sup>.

La crítica del sistema del CIADI está centrada, justamente, en que este no es más que un esquema de protección de los intereses de inversionistas de países desarrollados, en detrimento de los intereses de países en vía de desarrollo, los cuales necesitan críticamente las inversiones extranjeras para desarrollarse, y se ven “obligados” a aceptar las condiciones impuestas por el Convenio y los TBI. Los detractores alegan que este es un esquema ideado por el Banco Mundial, direccionado por países desarrollados, para asegurar las inversiones -e incluso como medio de control de estos países- ejercen abusivamente derechos de protección en perjuicio de la soberanía económica de los Estados en vía de desarrollo.

---

es un elemento psicológico. Debe existir un sentido de obligación legal, contrario a motivo de cortesía, equidad, moralidad (BROWNLIE). En muchos casos la Corte Internacional de Justicia, debido a la dificultad de la prueba, asume la existencia de una *opinio juris* sobre la base de evidencia de una práctica general. En otros casos, adopta un aproximamiento más riguroso dependiendo de los hechos involucrados. Cabe destacar que la manera de evitar la formación de una costumbre es a través de una objeción persistente (*persistent objection*). La existencia de una objeción debe ser clara y existe una presunción de aceptación que debe ser refutada. *Vide*: BROWNLIE, Ian, *Principles of Public International Law*, Oxford University Press, pp. 4-11.

15 Conforme al Artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, referente a la “Regla general de Interpretación”: “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin. 2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) todo acuerdo que se refiere al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado. 3) Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre partes. 4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes”.

16 ILM, vol. XXX. 1991, 3, pp. 577-655, (p.587).

En años anteriores, esta crítica estuvo centrada en el discurso de Presidentes de gobiernos socialistas de América Latina, particularmente los casos de Ecuador, Venezuela y Bolivia y Argentina; crítica esta exacerbada por la cantidad importante de casos llevados al CIADI contra estos Estados por inversionistas internacionales.

#### 4. Origen y evolución de los Tratados Bilaterales de Inversiones (TBI)

A los efectos de una mejor comprensión del sistema de solución de controversias de inversiones, resulta oportuno referir, brevemente, a los antecedentes históricos relativos a esta materia.

Los TBI tienen su origen en los Tratados de Amistad, Comercio y Navegación- de profusa utilización a finales del siglo XIX y principios del siglo anterior-, cuyas cláusulas generalmente eran esencialmente uniformes. En efecto, dichos tratados generalmente contienen una cláusula de obligación de trato nacional y de nación más favorecida, protección de la propiedad privada y solución de controversias, las cuales se resolvían por negociaciones diplomáticas, y eventualmente recurriendo a estrados internacionales -como ser el Tribunal Permanente de Justicia Internacional, o su sucesor la Corte Internacional de Justicia- para lo cual debían agotarse necesariamente los recursos internos<sup>17</sup>.

Desde los años sesenta -y especialmente a partir de los ochenta-, del siglo XX los Estados han suscripto numerosos TBI<sup>18</sup>. También fueron negociados TBI multilaterales derivados de acuerdos de integración, que incluyeron provisiones sobre protección de inversiones. Entre estos últimos tratados, a modo de ejemplo, se cuenta con el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), entre Estados Unidos de América, México y Canadá. Otro acuerdo multilateral destacable es el “Tratado de la Carta de la Energía”, a nivel de la Unión Europea, que regula la prospección, exploración y extracción del petróleo, gas, carbón y uranio; la creación de centrales

17 *Vide*: BLUMENWITZ, *Treaties of Friendship, Commerce and Navigation*, en R. Bernhardt (Ed.), EPIL, Amsterdam. Max Planck Institute, Installment 7, 1984, pp. 484-490 en VIVES CHILLIDA, *op.cit.* pp. 44. En la década de 1950, Estados Unidos diseñó un programa de Tratados Bilaterales de Amistad, Comercio y Navegación que no obtuvo el éxito deseado por sus ideólogos. *Vide*: SALACUSE, Jeswald, & SULLIVAN, Nicholas P., *Do BITs Really Work?, An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain*, 46 HARV. INT’L L.J. 68 (2005). Los referidos tratados, al poco tiempo de su introducción, se tornaron poco atractivos para los países en desarrollo que mostraron un abierto escepticismo sobre sus ventajas. Alrededor de la misma época, varios Estados europeos promovieron negociaciones que culminaron en la suscripción y ratificación de una serie de exitosos tratados bilaterales de inversión. *Vide*: VANDELDE, Kenneth, *United States Investment Treaties, Policy and Practice* 29, 30(1992).

18 Por su parte, Estados Unidos de América no negoció la suscripción de un TBI sino hasta principios de la década de 1980, en que inició la ejecución de su Programa de Tratados Bilaterales de Inversión. El Programa de TBI de los Estados Unidos y otros similares promovidos por países desarrollados culminaron en una masiva suscripción de esta clase de tratados, ocurrida sobre todo a finales de la década de 1980 y en la década de 1990. *Vide*: LOWENFELD, Andreas E., *Investment Agreements and International Law*, 42 COLUM. J. TRANSNAT’L L. 125 (2003). La política en favor de los TBI estaba concebida para lograr tres objetivos principales: (i) proporcionar protección adecuada a los inversionistas en países en los cuales sus derechos aún no estaban cubiertos por acuerdos existentes; (ii) persuadir a otros Estados a implementar y ejecutar políticas de mercado que otorguen un trato justo y equitativo a los inversionistas extranjeros; y (iii) contribuir al incremento de normas de derecho internacional consistentes con los dos propósitos anteriores. *Vide*: LANG, Jeffrey, *The International Regulation Of Foreign Direct Investment: Obstacles and Evolution*, 31 CORNELL INT’L L.J. 457 (1998).



energéticas y medios de transportes, así como la distribución y almacenamiento de materiales energéticos<sup>19</sup>.

El primer TBI fue suscrito entre Alemania y Pakistán en el año 1959; fue una evolución de los tratados de amistad, comercio y navegación, aunque no contenía muchas de las cláusulas modernas. Como lo señala GARCÍA BOLÍVAR creó el paradigma de lo que después se convertiría en un sistema acabado de protección al inversionista y a la inversión extranjera<sup>20</sup>.

El mismo autor argumenta que entre los motivos del nacimiento de los TBI -en donde se extendía la protección a los inversionistas extranjeros a distintos supuestos de hecho y se les daba la posibilidad de demandar directamente al Estado anfitrión ante un tribunal arbitral internacional-, fue el resultado del caso *Barcelona Traction* ventilado ante la Corte Internacional de Justicia<sup>21</sup>.

El remedio encontrado para evitar que decisiones similares a *Barcelona Traction* soslayaran la protección internacional a la subsidiaria de un inversionista extranjero, fue incluir disposiciones expresas en los TBI según las cuales las subsidiarias de un inversionista extranjero tendrían la nacionalidad del inversionista extranjero, independientemente del lugar de registro de la subsidiaria e incluso si ésta se hubiera registrado en el Estado anfitrión<sup>22</sup>.

## 5. Incumplimiento de los TBI y la responsabilidad internacional

Al igual que todo tratado, el TBI obliga a los Estados que lo suscriben, y su incumplimiento conlleva la responsabilidad internacional del Estado incumplidor. La responsabilidad internacional se verifica cuando es realizado un hecho -que puede constituir una acción o una omisión- realizado por un Estado contra otro Estado, siempre y cuando el mismo sea violatorio del derecho internacional.

Por lo mencionado, para que un hecho constituya responsabilidad internacional

---

19 *Vide: Tratado sobre la Carta de la Energía* (Lisboa, 17 de diciembre de 1994); también WÄLDE, W, *International Investment under de 1994 Energy Charter Treaty*, JWT, vol. 29, 1995, 5, pp.5-72; SALACUSE, J.W., *The Energy Charter Treaty and Bilateral Investments Treaty Regimes* en Th. Wälde (Ed.), *The Energy Charter Treaty: An East-West Gateway for Investment and Trade*, London, Kluwer, 1996, pp. 321-348, citados en VIVES CHILLIDA, pp.46.

20 GARCÍA BOLÍVAR, Omar, *Nociones Básicas del Arbitraje Internacional de Inversiones*, <http://www.bg-consulting.com>, pp.2.

21 El caso *Barcelona Traction* decidido en el año 1970 ante la Corte Internacional de Justicia, involucró al Reino de Bélgica contra España, derivado de expropiaciones realizadas por el gobierno español de una central eléctrica, la que luego fue declarada en quiebra, que afectó los intereses de inversionistas (accionistas) belgas, que solicitaron la protección diplomática del Reino de Bélgica. Finalmente, la Corte de la Haya resolvió que no existió legitimación activa del Reino de Bélgica, y estimó, entre otras cosas, que: “*El gobierno belga estaría legitimado para presentar una reclamación si pudiera demostrar que uno de sus derechos ha sido lesionado y que los actos alegados han causado la violación de una obligación internacional derivada de un tratado o de una regla general de derecho*”. (CIJ, Recueil 1970, p.46). Como se podrá notar, distinto hubiera sido el caso si existiera un Tratado Bilateral de Inversiones entre España y Bélgica.

22 GARCÍA BOLÍVAR, op.cit. pp. 4. En el caso *Barcelona Traction*, la empresa estaba constituida y registrada bajo las leyes de Canadá.

deben concurrir necesariamente dos elementos (i) el objetivo, el hecho ilícito, la acción u omisión violatoria del TBI; y (ii) el subjetivo: la comisión u omisión por un Estado contra los intereses de otro Estado<sup>23</sup>.

La violación del TBI por parte de un Estado se concreta con la contravención de disposiciones convencionales a las que está obligado a cumplir conforme al derecho internacional -y particularmente, con la violación del principio *pacta sunt servanda* (“los tratados deben ser cumplidos”), piedra angular del derecho internacional y sustento estructural de la comunidad de naciones-.

En todo TBI, las disposiciones principales son las que protegen las inversiones -para lo cual generalmente en el tratado se definen en qué consisten estas-; el trato justo y equitativo; trato nacional; la cláusula de la nación más favorecida; compensación total (*full compensation*); protección de expropiación; cláusulas de protección general (*umbrella clauses*); compensación por pérdidas; transferencia de fondos; solución de disputas, entre otros<sup>24</sup>.

La responsabilidad internacional no involucra al Estado *strictu sensu* -por ser éste una ficción jurídica-, sino a sus agentes, quienes por representar al Estado, comprometen la responsabilidad de éste con sus actuaciones.

Ahora bien, cómo son cometidos generalmente actos violatorios de un TBI?.

Podría tratarse -por ejemplo- del incumplimiento de una obligación contractual (contrato de inversión), que configure una contravención de una cláusula de un TBI.

Por ejemplo, las empresas BIVAC y SGS alegaron ante el CIADI que la República del Paraguay, a través del Ministerio de Hacienda, había incumplido con el pago de facturas derivadas de Contratos de Servicios de Pre-embarque de Mercaderías de Importaciones, amparados -supuestamente- en los TBI suscriptos entre las Repúblicas del Paraguay y de Holanda y de la Confederación Helvética, respectivamente, fundamentando dicha violación en la cláusula de protección general o cláusula paraguas de los TBI.

También quedaría configurada la responsabilidad internacional de un Estado si, por ejemplo, el Estado -a través de su Poder Judicial- no ejecutara un laudo CIADI en violación de las disposiciones del Convenio de Washington, que establece que los laudos arbitrales son obligatorios para las partes y tienen la misma fuerza de una sentencia firme de un Estado signatario -es decir no necesita ser reconocida por el otro Estado-<sup>25</sup>.

23 Autores del derecho anglosajón, notoriamente BROWNLIE, alega que la naturaleza de la responsabilidad de los Estados no está basada en el delito de la ley local, y que “responsabilidad internacional” tiene que ver con el incumplimiento de un tratado o de cualquier incumplimiento de un deber legal. *Vide*: BROWNLIE, Ian, op.cit. p. 433-434.

24 MC LACHLAN, SHORE, WEINIGER, op.cit. pp. 26-34.

25 Conforme al Artículo 53 “(1) El laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de

Este último caso configuraría lo que la doctrina denomina “denegación de justicia” (responsabilidad internacional cometida por el Poder Judicial), y podría habilitar al Estado de la nacionalidad del inversor perjudicado -conforme a la protección diplomática, prerrogativa de todo Estado- a iniciar una demanda internacional contra el Estado incumplidor ante la Corte Internacional de Justicia, órgano principal de las Naciones Unidas, con sede en la ciudad de La Haya, Países Bajos.

A los efectos de excitar la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia ambos Estados deben dar su voluntad para el sometimiento a dicho tribunal, ya sea por medio de un compromiso, de una cláusula convencional (Art. 36 (1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia) o de la cláusula opcional (Art. 36 (2) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia). Esta última importa el sometimiento obligatorio a la Corte Internacional de Justicia, siempre y cuando ambas partes hayan acordado tal consentimiento. Esto se verifica generalmente antes de la contienda, por medio de una declaración general remitida por los Estados a la Organización de Naciones Unidas<sup>26</sup>.

## 6. ¿Contrato de Inversión o TBI? BIVAC v. República del Paraguay

En el caso *BIVAC v. República del Paraguay*<sup>27</sup>, la firma BIVAC, con registro en el Reino de Holanda, recurrió al CIADI conforme a las disposiciones del TBI suscripto entre la República del Paraguay y el referido reino. El TBI contemplaba, entre otras, cláusulas de trato justo y equitativo, prohibición de expropiación, y la de protección general también denominada “cláusula paraguas”.

El TBI establecía que en caso de conflictos derivados de la inversión, los mismos deberían ser ventilados en tribunales arbitrales constituidos bajo el Convenio de Washington de 1965 (CIADI). Asimismo, establecía que cualquier violación a la inversión sería considerada una violación al TBI y merecería la posibilidad de excitar la jurisdicción del CIADI (cláusula paraguas).

---

*cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio. Las partes lo acatarán y cumplirán en todos sus términos, salvo en la medida en que se suspenda su ejecución, de acuerdo con lo establecido en las correspondientes cláusulas de este Convenio. (2) A los fines previstos en esta Sección, el término “laudo” incluirá cualquier decisión que aclare, revise o anule el laudo, según los Artículos 50, 51 o 52”. Por su parte, el Artículo 54 dispone “(1) Todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado. El Estado Contratante que se rija por una constitución federal podrá hacer que se ejecuten los laudos a través de sus tribunales federales y podrá disponer que dichos tribunales reconozcan al laudo la misma eficacia que a las sentencias firmes dictadas por los tribunales de cualquiera de los estados que lo integran. (2) La parte que inste el reconocimiento o ejecución del laudo en los territorios de un Estado Contratante deberá presentar, ante los tribunales competentes o ante cualquier otra autoridad designados por los Estados Contratantes a este efecto, una copia del mismo, debidamente certificada por el Secretario General. La designación de tales tribunales o autoridades y cualquier cambio ulterior que a este respecto se introduzca será notificada por los Estados Contratantes al Secretario General. (3) El laudo se ejecutará de acuerdo con las normas que, sobre ejecución de sentencias, estuvieren en vigor en los territorios en que dicha ejecución se pretenda”.*

26 Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, Art.36.2.

27 <http://www.italaw.com/3DA3B096-0764-4382-80C5-BBA169A55C96/FinalDownload/DownloadId-23FFA273F725F7E03C9310A67250E41F/3DA3B096-0764-4382-80C5-BBA169A55C96/sites/default/files/case-documents/ita0103.pdf>

Ahora bien, la controversia estuvo basada en un contrato de servicios que los inversionistas (BIVAC) habían suscripto con el Ministerio de Hacienda (Contrato de Servicios de Pre-embarque de Mercaderías de Importaciones) donde se establecía claramente que en caso de controversias las partes debían someterlas, exclusivamente, a la jurisdicción de los tribunales de la ciudad de Asunción (cláusula novena).

Ante la falta de pagos de facturas por servicios, y luego de varios años de reclamos extrajudiciales, BIVAC decidió directamente recurrir al tribunal del CIADI, conforme a la cláusula del TBI, alegando -entre otras cosas- que independientemente que se haya pactado la jurisdicción exclusiva de los tribunales de Asunción, debería ser de aplicación la cláusula paraguas (de protección general) -y en tal sentido ser aplicable la cláusula de controversias del TBI-, pues existió una violación de la inversión ante la falta de pago de las facturas derivadas del contrato.

La República del Paraguay, entre otras cosas, argumentó enfáticamente que no regía la jurisdicción del CIADI -y que existía por tanto una incompetencia de jurisdicción-, atendiendo al hecho de que las partes voluntariamente habían pactado la jurisdicción exclusiva de los tribunales de la ciudad de Asunción para las disputas contractuales, y que ésta debe regir, porque indudablemente esta era una disputa contractual, y no de derecho internacional.

El tribunal arbitral, luego de realizar un análisis exhaustivo de la jurisprudencia arbitral del CIADI con relación a la aplicación de la cláusula de protección general (paraguas) ante pactos de jurisdicción local, determinó que la pretensión de BIVAC con relación al TBI todavía era inadmisibles. No obstante, curiosamente -y en una resolución sin precedentes- declaró que la pretensión de BIVAC no podría ser rechazada (*dismissed*), sino suspendida (*stayed*), hasta que sea agotada la vía contractual en los tribunales de Asunción, y los derechos establecidos en el TBI no se vieran comprometidos.

Determinó que siendo el fundamento de la controversia la falta de pago de facturas provenientes de un contrato de servicio, la contienda tenía naturaleza estrictamente contractual.

El razonamiento del tribunal arbitral fue acertado desde el punto de vista legal, por ser la cuestión planteada eminentemente contractual, y atendiendo a que la controversia aún no había sido decidida en los tribunales de la ciudad de Asunción, jurisdicción exclusiva pactada en el contrato de inversión.

Asimismo, el tribunal arbitral concluyó que solamente en caso que la República del Paraguay -luego de excitada la jurisdicción local- incumpla lo determinado por los jueces -y siempre y cuando no exista violación del trato justo y equitativo- podría configurarse la aplicación de la cláusula paraguas (establecida en el TBI, regido por el derecho público).

Lo llamativo en este caso es que el tribunal arbitral no rechazó la pretensión de BIVAC sino que declaró una suspensión del procedimiento arbitral (*stay*) hasta tanto sea resuelta la cuestión contractual por parte de los tribunales de Asunción<sup>28</sup>.

Con ello el tribunal arbitral dejó abierto el procedimiento arbitral, y con esto en una gran indefinición para la República del Paraguay. En efecto, el laudo no cuenta con una de sus características básicas: la finalidad. Además, el laudo envuelve en un halo de dudas a la institucionalidad del Paraguay<sup>29</sup>, afectando la imagen del país, y comprometiendo consecuentemente su posicionamiento en la comunidad internacional.

En el caso SGS, otro tribunal arbitral consideró directamente la preminencia del

28 La parte final del laudo, expresa: “*For the reasons set out above, assuming that Article 3(4) of the BIT provides a basis for the exercise of jurisdiction by the tribunal over claims relating to the Contract, we conclude that the claim in relation to Article 3(4) is inadmissible, because: (1) In Article 9(1) of the Contract the parties agreed to a legally binding exclusive jurisdiction clause which provided for the resolution of “any conflict, controversy or claim which arises from or is produced in relation to [the] Contract” only by the Tribunals of the City of Asunción; (2) Article 3(4) of the BIT does not override the exclusive jurisdiction clause of Article 9(1) of the Contract; (3) “the fundamental basis of the claim” presented by BIVAC in respect of Article 3(4) of the BIT concerns a “conflict, controversy or claim” arising from or produced in relation to the Contract; (4) having regard to the need to respect the autonomy of the parties, BIVAC cannot rely on the Contract as the basis of a claim under Article 3(4) of the BIT when the Contract itself refers that claim exclusively to another forum, in the absence of exceptional reasons which might make the contractual forum unavailable; (5) the proper forum for the resolution of the contractual claim that has been raised under Article 3(4) of the BIT is the Tribunals of the City of Asunción, applying the law of Paraguay*”. Curiosamente, concluye con lo siguiente: “*Having concluded that the claim under the umbrella clause is inadmissible, the normal course would be to dismiss the claim. .... We were not presented with arguments by the parties as to what course we should follow in the event that we upheld jurisdiction under Article 3(4) of the BIT but decided that the claim was inadmissible. We note that no proceedings have been initiated by BIVAC before the tribunals of the City of Asunción, despite the passage of many years and, perhaps surprisingly if the evidence before us is to be believed, in the face of Paraguay’s persistent and unexplained failure to comply with its contractual obligation to pay. We note also that BIVAC has not sought to explain why it has not had recourse to the forum agreed by the Contract for the resolution of disputes, and that it has not put any evidence before the Tribunal to suggest that justice would not be done before the tribunals of the City of Asunción*”. Pero la parte aún más confusa de este curioso laudo es la siguiente: “*In such circumstances it might be concluded that a stay of these proceedings in relation to the claim under Article 3(4) of the BIT would be unwarranted, and the proper course would be to dismiss the claim. Against that, we have heard no argument from the Respondent seeking to dissuade us from adopting the approach taken by the Tribunal in SGS v Philippines, which decided to stay proceedings. In the absence of argument by either party, and having found that the claim under Article 3(4) is inadmissible, we consider that the most prudent approach is to join to the merits the limited issue of whether the Tribunal should either dismiss the claim under Article 3(4) of the BIT or stay the exercise of jurisdiction indefinitely or for some other period of time or until some other circumstances pertain*”. En un siguiente laudo, en el año 2015, el tribunal arbitral decidió suspender (*stay*) los procedimientos con relación al reclamo de la cláusula paraguayas (Art. 3(4) del TBI, alegando inexplicablemente -por su injerencia en asuntos internos de la República del Paraguay (Poder Judicial)- que: “*The Tribunal considers that a continued stay of the proceedings is the appropriate way forward, being a cost-effective and efficient in the treatment of the issue of admissibility. The Parties agree that the contractual dispute solution mechanism is still available. It is premature to say whether it will be employed by Claimant and- in the event that it is - whether it will meet expectations with regard to the sound administration of justice The Claimant will inform the Tribunal at the latest three months after the date of this Decision whether it has chosen to pursue its claim before the tribunals of the City of Asunción or not. In case it has, and the Paraguayan courts have ascertained Claimant’s claim and the Respondent disregarded the decision, the claim under the umbrella clause might then become admissible, depending on the circumstances. For these reasons and in view of the decision taken in relation to Article 3(1), the Tribunal orders the stay of the proceedings with respect to the claim under Article 3(4) of the BIT*”.

29 En efecto, se transcribe, esta vez en idioma castellano -permitiendo una traducción del original- lo que el tribunal afirmó: “*...En el caso de que lo hiciera, y los tribunales paraguayos han acogido los reclamos del demandante y el demandado ha incumplido la decisión, el reclamo bajo la cláusula paraguayas podría ser admisible, dependiendo de las circunstancias. Por estas razones y en vista de la decisión tomada con relación al Art. 3(1), el tribunal ordena la suspensión (stay) de los procedimientos con relación al reclamo del Art.3(4) del TBI...*”.

TBI sobre el contrato de inversión para la consideración de la aplicación de la cláusula de solución de controversias, basado en la cláusula paraguas, que otorgaba al inversionista -conforme a la opinión del tribunal arbitral- el derecho de optar por la jurisdicción local (contrato de inversión) o por el arbitraje CIADI (TBI)<sup>30</sup>.

Como se ve, en estos casos, los árbitros fueron empáticos a los intereses de los inversionistas, situación muy frecuente en arbitrajes institucionales CIADI.

Nótese que el Convenio de Washington fue suscripto bajo los auspicios del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (Banco Mundial), y tiene su sede en el mismo lugar. Generalmente los árbitros y los abogados que litigan los juicios son conocidos y forman para algunos autores una suerte de club cerrado, donde la imparcialidad -ante los enormes intereses económicos en juego-, muchas veces, no es la regla.

La posición del tribunal arbitral en el caso *SGS v. República del Paraguay* fue errada, pues el mismo desechó el principio de autonomía contractual, en un caso donde la discusión se centrada, principal y esencialmente, en el contrato de inversión (incumplimiento). El tribunal directamente consideró la preminencia del TBI, asumiendo que las manifestaciones de SGS con relación al incumplimiento del contrato eran veraces, soslayando la obligación contractual de intervención exclusiva de los jueces locales para la resolución de la disputa.

## 7. Conclusión

Las inversiones extranjeras directas son esenciales para el desarrollo económico de un país.

Si bien es cierto que los inversionistas extranjeros necesitan de las mayores seguridades para la exportación e implantación foránea de sus capitales en *terra incognita*, los esquemas de inversiones implementados deben equilibrar los intereses de los inversionistas con el de los Estados importadores de capital, atendiendo justamente a su especial situación económica y social.

En este sentido, estimamos que la negociación de TBI, e inclusive la aprobación a nivel multilateral de TBI modelos con disposiciones equilibradas -atendiendo a

30 El Tribunal alegó que "...una decisión que lo llevara a declinar jurisdicción sobre las reclamaciones de SGS basadas en el Artículo 11 (cláusula paraguas) en razón a que las mismas deberían dirigirse a los tribunales de Asunción situaría al Tribunal en riesgo de incumplir su mandato con arreglo al Tratado y al Convenio del CIADI". Asimismo, el tribunal arbitral concluyó que "...su asunción de jurisdicción sobre las reclamaciones de una supuesta violación por parte del Paraguay del deber de respetar sus obligaciones contractuales con base en el Artículo 11 -del TBI (cláusula paraguas)- es congruente con la intención de las Partes al negociar el TBI. El Tribunal señaló (párrafo 176) que "[l]os Estados partes del TBI se propusieron establecer ese mecanismo de protección del Tratado, más allá de los derechos que el inversionista pudiera negociar en su beneficio en un contrato o ejercer conforme a la legislación interna, y concedieron al inversionista la opción de hacerlo cumplir; entre otras cosas a través de un arbitraje como éste" Vide: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1527.pdf>

criterios de proporcionalidad y no discriminación-, en gran medida facilitará la buena conclusión de proyectos de inversión, evitando los abusos y arbitrariedades -que muchas veces vienen de la mano de cuantiosos montos y honorarios contra Estados en vías de desarrollo-, con las perversidades que ello conlleva.

En cuanto a los recientes casos de la República del Paraguay en el CIADI, los mismos no hicieron más que confirmar la gran incertidumbre reinante con relación a la preminencia normativa (tratado-ley interna) y la aplicación de la cláusula paraguas, por la disparidad de criterios en casos similares.

Esta indeterminación, manifestada inclusive en la falta de finalidad de un laudo -como se vio en el caso BIVAC- afecta los intereses de Estados parte de la misma Convención, en su mayoría ávidos de proyectos de inversión, este último motor fundamental para el desarrollo de las sociedades.

Las disyuntivas que presentan las interrelaciones entre el derecho público y el privado en cuanto a las inversiones, quedaron materializadas en los citados casos ante el CIADI.

Si bien considero que el razonamiento legal del tribunal arbitral en el caso *BIVAC v. República del Paraguay* fue correcto en la determinación de la primacía de la jurisdicción establecida en el contrato de inversión, por tratarse de materia esencialmente contractual; el tribunal no resolvió de manera final la controversia dejando abierta la posibilidad de su intervención futura para determinar la aplicabilidad de la cláusula paraguas.





# CONSIDERACIONES SOBRE EL GRADO DE INDEPENDENCIA DEL BANCO CENTRAL DEL PARAGUAY

Carlos Cotas Zavala





## CONSIDERACIONES SOBRE EL GRADO DE INDEPENDENCIA DEL BANCO CENTRAL DEL PARAGUAY

Autor: Carlos Codas Zavala<sup>1</sup>

**SUMARIO:** **1.** Límites Constitucionales; **1.1** Límites en la formulación de las políticas monetaria, crediticia y cambiaria; **1.2** Límites en la ejecución de operaciones financieras; **2.** Limitaciones infra constitucionales; **2.1** Límites financieros. Aprobación del Presupuesto Administrativo del BCP; **2.2** Límites políticos; **2.3** Límites operativos; **3.** Conclusión.

Cuando se defiende la necesidad de que los bancos centrales sean independientes de los gobiernos, se menciona, como postulado principal, que la autonomía de éstos constituye un requisito insoslayable para la consecución de las metas fijadas en el marco de las políticas monetarias y macro prudenciales de un país determinado.

Se expresa además que un banco central vulnerable a presiones políticas no sería capaz de desempeñar adecuadamente sus roles y de alcanzar sus objetivos, pues las decisiones que podrían adoptarse como consecuencia de alguna circunstancia política o social en particular - las cuales, generalmente, se caracterizan por ser de corto plazo - podrían a la vez dictarse en menoscabo de las medidas que deberían implementarse para mantener la estabilidad monetaria.

Por ende, las decisiones relativas a la implementación de la política monetaria deberían adoptarse, siempre, como producto de análisis técnicos, desapasionados y asépticos.

En general, el estímulo natural de cualquier gobierno de poder contar con un banco central dependiente deviene evidente, pues una banca matriz sujeta a los arbitrios políticos podría ejecutar una política económica expansiva (creación de dinero en un lapso breve de tiempo), que produzca efectos beneficiosos de manera casi inmediata, pero que - a la larga - termine hipotecando el bienestar general. En numerosas ocasiones, la necesidad de los gobiernos de obtener resultados rápidos para satisfacer las necesidades momentáneas de la ciudadanía, y, como consecuencia, mantener o incrementar su caudal electoral, ha reñido con la función primordial de preservar la estabilidad de precios.

La emisión desmesurada de billetes y monedas por parte de los bancos centrales podría tener efectos positivos a corto plazo, específicamente en lo atinente a la creación de empleos y a la obtención de mayores productos o riquezas.

No obstante, a mediano y/o largo plazo, los efectos adversos de dicha política pueden verse reflejados en la inflación. La desvalorización monetaria trae aparejada a su vez efectos sumamente nocivos para la sociedad (v.g. pérdida de la capacidad

---

<sup>1</sup> Gerente de la Unidad Jurídica, Banco Central del Paraguay

adquisitiva de la población) y de difícil solución (pues las medidas necesarias para revertir la situación son rigurosas y muchas veces requieren de decisiones que no son “populares”).

Cabe manifestar que no existe una precisión única sobre los requisitos que debería reunir un banco central para ser considerado independiente.

En la obra *“The Political Economy of Central Bank Independence”* de Silvester Eijffinger y Jakob De Haan<sup>2</sup>, se hace referencia al epígrafe de la revista *“The Economist”*<sup>3</sup>, donde se menciona que “el único banco central eficiente es aquel que puede decir que no a los políticos”<sup>4</sup>.

Cuando los citados autores analizan los elementos necesarios para garantizar la independencia de una banca matriz, mencionan a Hasse, quien delimita tres importantes aspectos que deberían ser considerados: financieros, estructurales y reglamentarios<sup>5</sup>.

La independencia financiera se refiere a la capacidad o incapacidad de un gobierno de financiar el gasto público por intermedio del banco central. La independencia estructural, por su parte, atañe al grado de discrecionalidad de un gobierno para designar y remover a los miembros del Directorio de la autoridad monetaria. Por último, la independencia reglamentaria se encuentra relacionada a la capacidad del banco central de formular y ejecutar su política monetaria.

En la misma obra, se citan diversos estudios académicos que se han ocupado a lo largo del tiempo de investigar los beneficios que conlleva una mayor independencia, así como de demostrar el grado de causalidad entre la independencia del banco central y menores tasas inflacionarias. Se expresa, por ejemplo, que Alesina y Summers (1993)<sup>6</sup> encontraron evidencia de una relación entre un mayor nivel de inflación y el grado de dependencia política.

Debido principalmente a los efectos perniciosos de la inflación, la consecución de la estabilidad de precios (inflación baja, estable y predecible) es el objetivo principal de la política económica, pues, un horizonte de precios constante y previsible, fomenta el consumo y las inversiones en general.

2 “The Political Economy of Central-Bank Independence” – Special Papers in International Economics, 1996; Nro. 19, May 1996, International Finance Section, Department of Economics, Princeton University, New Jersey, United States of America

3 The Economist, 10 de febrero de 1990, página 10

4 Traducción del autor de la presente obra. La cita literal es: “The only good central bank is one that can say no to politicians”.

5 Op. Cit. pág. 2

6 When does policy reform work? The case of Central Bank independence. Brooking Papers on Economic Activity, Spring, 2008. Autores: Daron Acemoglu, Pablo Querubín, Simon Hohnson y James Robinson, pág. 362/363

CONSIDERACIONES SOBRE EL GRADO DE INDEPENDENCIA  
DEL BANCO CENTRAL DEL PARAGUAY

Con todo, la idea es confiar la política monetaria a un organismo técnico que se enfoque en la consecución de sus objetivos institucionales. Para ello, la independencia se configura como el factor clave para alcanzar decisiones técnicas, alejadas del juego político, lo que permitirá mantener controlada la inflación.<sup>7</sup>

De lo expuesto, surge que la independencia de un banco central es una herramienta esencial para la obtención de su objetivo principal, pues esta cualidad permite evitar que los recursos de una banca matriz se utilicen en el marco de una política monetaria con fines distorsionados.

En líneas generales, cabe expresar que, en mayor o menor medida, los distintos Estados han optado por resguardar el correcto y eficiente funcionamiento de sus bancos centrales, atribuyéndoles un determinado nivel de autonomía para mantener la estabilidad de los precios.

Pero, dicha autonomía, lógicamente, no debe ni puede ser total.

Un banco central, como órgano y componente del Estado, está sujeto a límites en sus atribuciones y a mecanismos de rendición de cuentas.

Los distintos sistemas jurídicos buscan alcanzar un método que calibre adecuadamente dos necesidades contrapuestas. Por un lado, la necesidad de mantener la independencia de una banca matriz y, por el otro, la imperiosa obligación de que ésta se sujete a las reglas del Estado de Derecho.

Por ende, este sistema debe permitir que el banco central adopte decisiones basadas en razones exclusivamente técnicas, independientemente de la coyuntura política pero que, a la vez, concomitantemente, posibilite la rendición de cuentas ante los órganos correspondientes y la implementación de mecanismos de “contrapeso” que permitan restringir o eliminar los abusos en los que pudiera incurrir (v.g. si se vulnerase el principio de legalidad).

A más de esta compleja dialéctica, el sistema debería permitir la complementación o coordinación con los demás organismos públicos para la consecución de los objetivos del Estado.

Pues bien, precisamente, esa es la concepción que inspira nuestra organización institucional, desde una perspectiva constitucional.

En primer lugar, el Banco Central del Paraguay (BCP) se sitúa, constitucionalmente, entre los órganos denominados como “extra poder”. Además, se prevé, con el mismo

---

<sup>7</sup> Cfr. A. Alesina y L.H. Summers, “Central bank independence and macroeconomic performance: some comparative evidence”, *Journal of Money, Credit, and Banking*, 25, 1993, pp. 151-162.

nivel de jerarquía jurídica, que el BCP constituye un organismo eminentemente técnico. No obstante, la Constitución Nacional delega lo atinente al funcionamiento y estructura de la estructura de la banca matriz a los dictados de la Ley<sup>8</sup>.

Sin embargo, aun cuando, desde una óptica de génesis normativa, el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo podrían tener cierto grado de injerencia sobre la banca matriz, como sucedería, por ejemplo, si se modificase la Carta Orgánica del Banco Central del Paraguay para establecer nuevos mecanismos de designación de sus miembros o para determinar nuevas atribuciones o fijar nuevas restricciones, fácilmente podría colegirse que, si las normas incorporadas vulnerasen el carácter eminentemente técnico del BCP o quebrantasen su naturaleza de órgano extra poder, estarían viciadas de nulidad, por su naturaleza inconstitucional<sup>9</sup>.

El Dr. Víctor Núñez, en el marco de la opinión vertida en el Acuerdo y Sentencia que resolvió la acción de inconstitucionalidad promovida por el Banco Central del Paraguay<sup>10</sup> contra de determinados artículos de la Ley 1626/00 “De la Función Pública”, que, en ese entonces, regía las relacionales laborales entre la banca matriz y sus funcionarios, expresó que “el Banco Central del Paraguay tiene autonomía y autarquía en sus dependencias, estas atribuciones al ser un estamento del Estado no puede ser cercenada por una Ley de carácter general, mucho menos donde prima el Estado democrático y de derecho, como principio característico del constitucionalismo contemporáneo, supone una garantía para el propio Estado y para el ciudadano, que queda protegido por un marco legal que dificulta los abusos de poder y posibles actuaciones arbitrarias de instituciones públicas La Banca Central del Estado se encuentra contemplada con la Constitución Nacional, reglada en su Ley especial, es un ente de administración, es una institución extra poder, razón por la cual tiene sus prerrogativas de dictar las normas que sean de su competencia, tanto sean de orden disciplinario, funcional o administrativas” (sic)

A su vez, la Dra. Gladys Bareiro de Módica refirió que “el encuadramiento jurídico

8 Art. 287 de la Constitución Nacional: “Artículo 287.- DE LA ORGANIZACIÓN Y DEL FUNCIONAMIENTO.

La Ley regulará la organización y funcionamiento de la Banca Central del Estado, dentro de las limitaciones previstas en esta Constitución. La Banca Central del Estado rendirá cuentas al Poder Ejecutivo y al Congreso Nacional sobre la ejecución de las políticas a su cargo”.

9 Artículo 137.- DE LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN.

La Ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado.

Quienquiera que intente cambiar dicho orden, al margen de los procedimientos previstos en esta Constitución, incurrirá en los delitos que se tipificarán y penarán en la Ley.

Esta Constitución no perderá su vigencia ni dejará de observarse por actos de fuerza o fuera derogada por cualquier otro medio distinto del que ella dispone.

Carecen de validez todas las disposiciones o actos de autoridad opuestos a lo establecido en esta Constitución.

10 Acuerdo y Sentencia Nro. 902 del 25 de noviembre de 2011, dictado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, integrada por los Sres. Antonio Fretes, Gladys Bareiro de Módica y Víctor Manuel Núñez Rodríguez en el marco del juicio caratulado como “Acción de inconstitucionalidad contra los arts. 1, 5, 6, 7, 8, 12, 13, 15, 16, 17, 20, 33, 34, 35, 40, 41, 42, 49, 50, 59, 60, 64 al 72, 86 al 89, 93 al 102, 103 al 107, 127, 128, 129, 139, 141 y 143 de la Ley Nro. 1626/00”, año 2005, Nro. 1208

CONSIDERACIONES SOBRE EL GRADO DE INDEPENDENCIA  
DEL BANCO CENTRAL DEL PARAGUAY

de los Bancos Centrales siempre ha constituido un tema de debate, acerca del grado de independencia o dependencia funcional que debe tener respecto del Gobierno Central. Este debate se viene arrastrando desde hace varias décadas y gira alrededor de dos visiones bien enmarcadas: si el Banco Central depende o es independiente del Gobierno. En este sentido, va reafirmando la convicción de que los Bancos Centrales deben contar con independencia operativa y decisoria, para lo cual las leyes orgánicas tienen que resguardar que esa autonomía sea realmente efectiva y no aparente, particularidad esta que haría permisiva la injerencia gubernamental...”. (sic)

Prosigue la Dra. Bareiro de Módica expresando que “la corriente antes señalada pone énfasis en sostener que la independencia de los Bancos Centrales gira alrededor de la elección de los instrumentos adecuados para lograr los objetivos que les impone la ley. Paralelamente, esta autonomía funcional conduce a la casi irrevocabilidad de sus decisiones por cualquier instancia gubernamental o política (salvo vicio de ilegalidad). La razón de la independencia es esencialmente técnica y consiste en comprender que la política monetaria requiere, por su propia naturaleza, de márgenes temporales amplios, debido a que sus efectos se trasladan y consolidan en la economía de modo mediato, manifestándose a través del posicionamiento continuado de las variables económicas y de la adecuación pausada de los agentes económicos a las protecciones trazadas ( ) En síntesis, parecería existir consenso “sin perjuicio de los matices particulares- acerca de que los bancos centrales deben revestir autarquía jurídica y autonomía operativa, a los fines de administrar y regular la masa monetaria como meta intermedia para lograr como objetivo final, preservar el valor de la moneda y, subsecuentemente, la estabilidad de precios. Ello, en auténtica colaboración y coordinación con las políticas económicas que vaya implementando el gobierno central de turno... ” (sic)

Ahora bien, pese a la patente autonomía que la propia Constitución Nacional ha otorgado al Banco Central del Paraguay, ésta no es absoluta, pues se han establecido algunos límites a su campo de acción.

En el fallo supra citado, la Dra. Gladys Bareiro de Módica también había mencionado que “todo Banco Central debe ser independiente y autónomo, pero ello no debe significar erigirse en un cuarto poder. A su vez, todo Banco Central debe ser inmune a la dependencia política, pero ello no puede interpretarse como impedimento para colaborar con la gestión del gobierno de turno “ (sic)

¿Cuáles serían los límites a los que estaría sometido el BCP?

Entre otros, hemos encontrado los siguientes:

## **I. Límites Constitucionales**

### **I.1 Límites en la formulación de las políticas monetaria, crediticia y cambiaria**

Siguiendo el hilo del razonamiento, el artículo 285 de nuestra Carta Magna prevé que el Banco Central del Paraguay (BCP), *conforme con los objetivos de la política económica del Gobierno nacional, participa con los demás organismos técnicos del Estado, en la formulación de las políticas monetaria, crediticia y cambiaria.*

El artículo 285 de la Constitución Nacional establece la naturaleza del Banco Central del Paraguay. Éste constituye un órgano extra poder, pues no está sometido o sujeto a ninguno de los poderes del Estado<sup>11</sup>.

La Constitución Nacional Paraguaya dispone que la Ley debe regular la organización y el funcionamiento del BCP, pero siempre dentro de los límites de aquélla, de lo que se desprende que –como se ha dicho–, en todo caso, la normativa que establezca el régimen funcional y estructural del BCP deberá respetar siempre su carácter de organismo técnico, extra poder<sup>12</sup>.

En este sentido, la Ley que reglamenta el funcionamiento del BCP (Ley 489/95 “Orgánica del Banco Central del Paraguay”), establece que la banca matriz es:

- i) Una persona jurídica
- ii) De derecho público
- iii) Con carácter de organismo técnico
- iv) Con autarquía administrativa y patrimonial, en los límites de la Constitución Nacional y las leyes
- v) Con autonomía normativa, en los límites de la Constitución Nacional y las leyes.

Pues bien, de acuerdo con la Constitución Nacional, ¿cuáles son los deberes del BCP que deben ser cumplidos de manera técnica?

---

11 **Artículo 285.- DE LA NATURALEZA, DE LOS DEBERES Y DE LAS ATRIBUCIONES.**

Se establece una Banca Central del Estado, en carácter de organismo técnico. Ella tiene la exclusividad de la emisión monetaria, y conforme con los objetivos de la política económica del Gobierno Nacional, participa con los demás organismos técnicos del Estado, en la formación de las políticas monetaria, crediticia, y cambiaria, siendo responsable de su ejecución y desarrollo, y preservando la estabilidad monetaria.

12 **Artículo 287.- DE LA ORGANIZACIÓN Y DEL FUNCIONAMIENTO.**

La Ley regulará la organización y funcionamiento de la Banca Central del Estado, dentro de las limitaciones previstas en esta Constitución.

La Banca Central del Estado rendirá cuentas al Poder Ejecutivo y al Congreso Nacional sobre la ejecución de las políticas a su cargo.



CONSIDERACIONES SOBRE EL GRADO DE INDEPENDENCIA  
DEL BANCO CENTRAL DEL PARAGUAY

El BCP, como organismo técnico, tiene la exclusividad de la emisión monetaria y la obligación de ejecutar las políticas monetaria, crediticia y cambiaria.

Sin embargo, aun cuando el BCP sea autónomo en lo que atañe a la ejecución o implementación de las políticas monetaria, crediticia y cambiaria, posee efectivamente un cierto grado de sujeción en lo que atañe a la formulación de las mismas.

De acuerdo al precepto constitucional, la autonomía del BCP en la formación de las políticas económica, crediticia y cambiaria, no es irrestricta, por lo menos en las etapas de formación de las mismas pues el mismo:

- (i) Debe participar conjuntamente con otros organismos técnicos en la formulación de dichas políticas
- (ii) Estas políticas deben diseñarse de acuerdo a la política económica del Gobierno Nacional.

En la gestación de estas políticas, el BCP no actúa aisladamente, pues participa mancomunadamente con otros organismos técnicos del Estado para dicho fin.

Así, nuestro sistema constitucional conmina al BCP a actuar en conjunción con otros organismos técnicos para la elaboración de la política monetaria, crediticia y cambiaria pero, adicionalmente, responsabiliza a la banca matriz de su ejecución y desarrollo.

Por ende, debe persistir una conexión entre el BCP y las instancias económicas del Poder Ejecutivo, sin que por ello se deje de consagrar (en la misma disposición constitucional) que el banco central tendrá un carácter eminentemente técnico y que será su responsabilidad la ejecución y desarrollo de la política monetaria, preservando la estabilidad monetaria.

Además, por expreso mandato constitucional, estas políticas deben estar trazadas, ineludiblemente, conforme con los objetivos de la política económica del Gobierno Nacional.

De la lectura de la Constitución Nacional paraguaya, podría concluirse que la política económica es aquella que tiene por finalidad el fomento de los ámbitos económico, social y cultural de nuestra nación. La política económica debe perseguir sus fines a través de una utilización racional de los recursos disponibles para asegurar el bienestar de la población:

- a) creando nuevas fuentes de trabajo y riqueza,
- b) acrecentando el patrimonio nacional e;

c) impulsando un crecimiento constante y sistemático de la economía<sup>13 14</sup>.

Hasta aquí, tenemos que el BCP debe diseñar o formular la política monetaria, crediticia o cambiaria, con otros organismos técnicos, de acuerdo a la política económica del Gobierno Nacional, que a su vez debe perseguir, *inter alia*, el crecimiento ordenado y sostenido de la economía nacional.

Cabe preguntarse ahora, cuáles serían los otros organismos técnicos que deben coadyuvar con el BCP en el diseño de las políticas monetaria, crediticia y cambiaria.

El Ministerio de Hacienda, en virtud del art. 1° de la Ley N° 4.394/11<sup>15</sup>, que preceptúa es competente en la formulación y propuesta de la política económica nacional, en coordinación con el Banco Central del Paraguay y demás entidades del área económica.

En base a dicho plexo normativo, el Poder Ejecutivo, con el objetivo de coordinar las acciones de los organismos y entidades del área económica y financiera, conformó -vía Decreto<sup>16</sup>- el Equipo Económico Nacional, como organismo encargado de asesorar a aquél en varios temas inherentes a la gestión económica del gobierno, entre los que se cita al programa monetario anual y sus actualizaciones.

El Equipo Económico Nacional se encuentra liderado por el Ministro de Hacienda e integrado por los Ministros de Industria y Comercio, Agricultura y Ganadería, Obras Públicas y Comunicaciones, Relaciones Exteriores y el Presidente del Banco Central del Paraguay. Además, por un Decreto posterior, se añadió a los Ministros-Secretarios Ejecutivos de la Secretaría Técnica de Planificación del Desarrollo Económico y Social de la Presidencia de la República y Ministro-Secretario Ejecutivo de la Presidencia de la República.<sup>17</sup>

De tal modo, dos principios o mecanismos que parecieran contraponerse entre sí

13 Artículo 176.- DE LA POLÍTICA ECONÓMICA Y DE LA PROMOCIÓN DEL DESARROLLO.

La política económica tendrá como fines, fundamentalmente, la promoción del desarrollo económico, social y cultural. El Estado promoverá el desarrollo económico mediante la utilización racional de los recursos disponibles, con el objeto de impulsar un crecimiento ordenado y sostenido de la economía, de crear nuevas fuentes de trabajo y de riqueza, de acrecentar el patrimonio nacional y de asegurar el bienestar de la población. El desarrollo se fomentará con programas globales que coordinen y orienten la actividad económica nacional.

14 Artículo 177.- DEL CARÁCTER DE LOS PLANES DE DESARROLLO.

Los planes nacionales de desarrollo serán indicativos para el sector privado, y de cumplimiento obligatorio para el sector público.

15 “QUE MODIFICA Y AMPLIA EL CONTENIDO DE LA LEY N° 109/91 “QUE APRUEBA CON MODIFICACIONES EL DECRETO-LEY N° 15 DE FECHA 8 DE MARZO DE 1990, “QUE ESTABLECE LAS FUNCIONES Y ESTRUCTURA ORGÁNICA DEL MINISTERIO DE HACIENDA”

16 Decreto N° 209 del 6 de septiembre de 2013, “POR EL CUAL SE INTEGRA EL EQUIPO ECONOMICO NACIONAL Y SE ESTABLECEN SUS FUNCIONES”, modificado por el Decreto 812 del 29 de noviembre de 2013 “POR EL CUAL SE MODIFICA EL ART. 1° DEL DECRETO 209 DEL 6 DE SEPTIEMBRE DE 2013, “POR EL CUAL SE INTEGRA EL EQUIPO ECONÓMICO NACIONAL Y SE ESTABLECEN SUS FUNCIONES”

17 Art. 1° del Decreto N° 812 del 29 de noviembre de 2013 “POR EL CUAL SE MODIFICA EL ART. 1° DEL DECRETO 209 DEL 6 DE SEPTIEMBRE DE 2013, “POR EL CUAL SE INTEGRA EL EQUIPO ECONÓMICO NACIONAL Y SE ESTABLECEN SUS FUNCIONES”

(especialidad e independencia del BCP frente a la obligación de coordinación con otros organismos técnicos) no hacen sino armonizar con nuestro precepto constitucional, pues frente a la libertad de la banca matriz para establecer reglas y ejecutarlas, no puede perderse de vista que, al fin y al cabo, el Estado es uno solo y que si bien se divide en diferentes órganos para ejecutar parte de las funciones que le corresponden, la finalidad de precautelarse los intereses nacionales es común. Claro, para esto, sin desconocer (antes bien, asumiendo) los vaivenes políticos, se permite diagramar un esquema que pueda contrarrestar los efectos nocivos y asegurar el carácter técnico de las decisiones de la banca matriz.

Finalmente, el BCP debe rendir cuentas anuales al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo, por las políticas ejecutadas<sup>181920</sup>.

## 1.2 Límites en la ejecución de operaciones financieras

Paralelamente, la propia Constitución Nacional establece un marco genérico que limita la posibilidad del BCP de realizar determinadas operaciones<sup>21</sup>.

Se prohíbe, por ejemplo, que el BCP dicte reglamentaciones o disponga actos administrativos que establezcan requisitos distintos para personas físicas o jurídicas que realicen operaciones de la misma naturaleza (discriminación o arbitraje regulatorio) y que opere con entidades no integradas al sistema monetario o financiero nacional, salvo organismos internacionales.

Sin embargo, lo que nos interesa, por ser materia de nuestro análisis, son las limitaciones

### 18 Artículo 287.- DE LA ORGANIZACIÓN Y DEL FUNCIONAMIENTO.

La Ley regulará la organización y funcionamiento de la Banca Central del Estado, dentro de las limitaciones previstas en esta Constitución.

La Banca Central del Estado rendirá cuentas al Poder Ejecutivo y al Congreso Nacional sobre la ejecución de las políticas a su cargo.

19 Art. 19 inc. t) de la Ley 489/95 “Orgánica del Banco Central del Paraguay”: “Artículo 19.- Atribuciones y Deberes del Directorio: Son atribuciones y deberes del Directorio: (...)t) Rendir cuentas anualmente al Poder Ejecutivo y al Congreso Nacional, sobre la ejecución de las políticas a su cargo, y elaborar los informes que éstos le requieran y los que por propia iniciativa considere oportuno formular en los casos y circunstancias previstos en la presente ley;

20 Art. 117 de la Ley 489/95 “Orgánica del Banco Central del Paraguay”.- Presupuesto Anual del Banco: El Banco Central del Paraguay elaborará su ante proyecto de presupuesto anual conforme a la legislación vigente en la materia.

El presupuesto anual de Ingresos y Gastos relacionado con la Política Monetaria no estará sujeto a ningún tope previo, pero se sujetará a las reglas del correspondiente programa monetario.

Una vez ejecutado el presupuesto anual, se rendirá cuenta del mismo al Poder Ejecutivo y al Congreso Nacional anualmente.

### 21 Artículo 286 de la Constitución Nacional.- DE LAS PROHIBICIONES.

Se prohíbe a la Banca Central del Estado:

- 1) acordar créditos, directa o indirectamente, para financiar el gasto público al margen del presupuesto, excepto:
- I) los adelantos de corto plazo de los recursos tributarios presupuestados para el año respectivo, y
- II) en caso de emergencia nacional, con resolución fundada del Poder Ejecutivo y acuerdo de la Cámara de Senadores.
- 2) adoptar acuerdo alguno que establezca, directa o indirectamente, normas o requisitos diferentes o discriminatorios y relativos a personas, instituciones o entidades que efectúan operaciones de la misma naturaleza, y
- 3) operar con personas o entidades no integradas al sistema monetario o financiero nacional, salvo organismos internacionales.

establecidas en el numeral 1) del artículo 286 de la Constitución Nacional, que, en puridad, refuerzan la independencia del BCP.

Dicha norma prohíbe que el BCP otorgue créditos, directa o solapadamente, para financiar el gasto público al margen del presupuesto.

No obstante, esta regla general admite dos excepciones<sup>22</sup>:

- (i) Que el BCP provea adelantos de los recursos tributarios presupuestados para el año respectivo. No obstante, estos anticipos deberán ser de corto plazo.
- (ii) Que el BCP provea de asistencia financiera, al margen del presupuesto, cuando exista alguna circunstancia que amerite la declaración de emergencia nacional, siempre que exista una resolución fundada del Poder Ejecutivo y acuerdo de la Cámara de Senadores.

Estas limitaciones o restricciones, más que cercenar la autonomía o independencia del BCP, blindan a la institución de eventuales presiones políticas que pudieran devenir como consecuencia de la compleja, dinámica y mutable realidad social.

## **2. Limitaciones infra constitucionales**

Cabe destacar que las limitaciones se encuentran mucho más desarrolladas a nivel infraconstitucional.

### **2.1 Límites financieros. Aprobación del Presupuesto Administrativo del BCP**

El Banco Central del Paraguay, como entidad estatal, integra las previsiones de la Ley 1535/99 “De administración Financiera del Estado”. Para el cumplimiento de sus objetivos constitucionales y de las funciones que le asigna su ley orgánica, el Banco Central del Paraguay se rige por un presupuesto anual, de tinte administrativo (ej. pagos de salarios, contrataciones públicas etc.) de conformidad con la Ley N° 1535/99; y por un presupuesto de ingresos y gastos relacionados con la ejecución de la política monetaria (Presupuesto Monetario), que no estará sujeto a ningún tope previo (art. 117, Ley N° 489/95).

---

22 Artículo 286.- DE LAS PROHIBICIONES.

Se prohíbe a la Banca Central del Estado:

1) acordar créditos, directa o indirectamente, para financiar el gasto público al margen del presupuesto, excepto:

I) los adelantos de corto plazo de los recursos tributarios presupuestados para el año respectivo, y

II) en caso de emergencia nacional, con resolución fundada del Poder Ejecutivo y acuerdo de la Cámara de Senadores.

2) adoptar acuerdo alguno que establezca, directa o indirectamente, normas o requisitos diferentes o discriminatorios y relativos a personas, instituciones o entidades que efectúan operaciones de la misma naturaleza, y

3) operar con personas o entidades no integradas al sistema monetario o financiero nacional, salvo organismos internacionales.

CONSIDERACIONES SOBRE EL GRADO DE INDEPENDENCIA  
DEL BANCO CENTRAL DEL PARAGUAY

La mentada Ley 1535/99 establece el conjunto de sistemas, normas básicas y procedimientos administrativos a los que se ajustarán los organismos y entidades del Estados (entre los que se encuentra el BCP, que no puede elaborar ni ejecutar su presupuesto sin sujetarse a esta norma) para programar, gestionar, registrar, controlar y evaluar los ingresos y el destino de los fondos públicos<sup>23</sup>.

El BCP, a pesar de contar con autarquía, debe presentar su proyecto de Ley al Poder Ejecutivo a más tardar el 30 de junio de cada año. A su vez, las autoridades del BCP deben “defender” anualmente sus pretensiones presupuestarias, tanto ante las autoridades del Poder Ejecutivo como del Poder Legislativo.

Nótese que incluso las entidades que poseen autonomía total en la asignación y administración de sus recursos, como la Reserva Federal de Estados Unidos, están sujetas a las coyunturas políticas (el BCP tiene independencia en el manejo de su “presupuesto monetario” pero sus atribuciones se ven restringidas en cuanto al presupuesto “administrativo”).

Así, explican Frederic Mishkin y Stanley Eakins que *“Probablemente lo más importante para la independencia de la Reserva Federal de las riendas del Congreso es la autonomía de la FED para utilizar sus ingresos provenientes del producto de los valores que posee y, en una menor medida, por sus créditos a los bancos ( ) Aun así, la Reserva Federal está sujeta a la influencia del Congreso, porque su Ley orgánica ha sido escrita por el Congreso y está sujeta a cambios en cualquier momento. Cuando los legisladores están disconformes con la conducción de la política monetaria por parte de la FED, generalmente amenazan con tomar el control de las finanzas del FED y obligarle a remitir un presupuesto como otras agencias estatales. Un ejemplo reciente fue el llamado de los Senadores Dorgan y Reid en 1996 para que el Congreso tenga autoridad presupuestaria sobre las actividades no monetarias de la Reserva Federal. Esto, sin dudas tiene efectos a fin de que la FED no se distancie en demasía de las pretensiones del Congreso”*<sup>24</sup>

Por otra parte, el Banco Central del Paraguay sí posee mayor libertad para la elaboración, aprobación y ejecución del llamado “Presupuesto Monetario”, que se vincula directamente con la ejecución de la política monetaria y que no requiere

---

23 Artículo 1.- Principios generales. Esta ley regula la administración financiera del Estado, que comprende el conjunto de sistemas, las normas básicas y los procedimientos administrativos a los que se ajustarán sus distintos organismos y dependencias para programar, gestionar, registrar, controlar y evaluar los ingresos y el destino de los fondos públicos, a fin de:

- a) lograr que las acciones en materia de administración financiera propicien economicidad, eficiencia, eficacia y transparencia en la obtención y empleo de los recursos humanos, materiales y financieros, con sujeción a las normas legales pertinentes;
- b) desarrollar sistemas que generen información oportuna y confiable sobre las operaciones;
- c) fomentar la utilización de técnicas modernas para la investigación y la gestión financiera; y
- d) emplear a personal idóneo en administración financiera y promover su especialización y actualización.

24 Traducción del autor del “Financial Markets & Institutions”, Sixth Edition, 2009, Frederic Mishkin y Stanley Eakins, Pearson-Prentice Hall pág. 157

aprobación del Congreso. Debe advertirse que el denominado “Presupuesto Monetario” es objeto de regulación especial a través de la Ley N° 3974/2010.

En su artículo 1°, la mentada Ley dispone: “...*La elaboración, aprobación y ejecución del Presupuesto de la Política Monetaria, conforme a las estimaciones y modificaciones del Programa Monetario y a la coyuntura económica del país, competen en forma exclusiva al Banco Central del Paraguay. Las partidas que integran el Presupuesto relacionado con la Política Monetaria, serán contabilizadas en las Cuentas Patrimoniales y de Resultados del Balance General del Banco Central del Paraguay, y no formaran parte del Presupuesto General de la Nación, ni estarán sujetas a tope previo alguno...*”.

No obstante, una vez que el Programa Monetario anual sea aprobado por el Directorio del Banco Central del Paraguay, en un plazo de tres (3) días hábiles, éste lo debe poner a conocimiento del Poder Ejecutivo, al Congreso Nacional y la Contraloría General de la República (art. 4° de la Ley N° 3974/10). De igual forma se procederá cuando -por causas debidamente justificadas- sea necesario que el Directorio del BCP realice ajustes a dicho Programa Monetario (art. 5°, ley citada).

## 2.2 Límites políticos

La carta orgánica del Banco Central del Paraguay (Ley N° 489/95) ha otorgado a éste, todos los condimentos para erigirse en una entidad completamente descentralizada: autonomía, autarquía y personalidad jurídica propia.

Sin embargo, dicha garantía de independencia -según se ha visto- no lo aísla del concierto y coordinación con otras instituciones y, tampoco, de su sometimiento a algunas decisiones políticas, reflejadas, por ejemplo, en la forma de designación de sus máximas autoridades (designación del Ejecutivo con acuerdo del Senado, por un plazo de cinco años) o en la posibilidad del Congreso y del Poder Ejecutivo de modificar su carta orgánica.

En otros países, la duración del mandato del Presidente de un Banco Central no necesariamente coincide con el período presidencial. Esto se orienta a contrarrestar el riesgo que representa para la independencia política del Banco Central, la posibilidad de un sesgo en sus decisiones para favorecer objetivos del gobierno que propició su nombramiento. En la República del Paraguay, el periodo del Presidente del BCP coincide con el del Poder Ejecutivo

No obstante, se estima que sí es esencial que el nombramiento de los demás miembros del Directorio sea realizado alternadamente, de manera anual, independientemente de la duración de sus mandatos. Esto evitaría que el Gobierno designe, de una sola vez, a la mayoría de los miembros, situación que a su vez le permitiría ejercer considerable influencia en las determinaciones del Directorio.<sup>25</sup>

25 Banca Central “Una introducción. Gerencia de Estudios Económicos del Banco Central del Paraguay. Año 2003.

De un total de ocho (8) países de América Latina<sup>26</sup> cuyas Constituciones y Leyes especiales que han sido objeto de análisis, solamente en dos de ellos (Brasil y Colombia), el Presidente de la República designa en forma unilateral al Presidente y a los miembros del Directorio del Banco Central.

En los demás países cuya legislación ha sido revisada (Argentina, Uruguay, Chile, Perú, México y Costa Rica), existe un mecanismo compuesto de designación, en el que intervienen el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo. El Paraguay se enmarca en esta última modalidad de designación de autoridades del Banco Central.

### **2.3 Límites operativos**

El Banco Central del Paraguay también se encuentra sujeto a las disposiciones de la Ley N° 2051/2003 “De Contrataciones Públicas” para la adquisición de bienes y servicios necesarios para desarrollar su gestión (ej. contratación de servicios de impresión de billetes), tanto en lo que respecta al ámbito administrativo como a la ejecución y desarrollo de la política monetaria, crediticia y cambiaria.

En efecto, la Ley N° 3974/10 “Que define diversos aspectos del presupuesto relacionado con la Política Monetaria del Banco Central del Paraguay” “art. 2°-preceptúa que las adquisiciones de bienes y servicios inherentes a la ejecución de dicha política, deberán sujetarse en lo pertinente a las disposiciones de la ley de contrataciones públicas. Es decir, aún cuando el presupuesto relacionado con la ejecución de la política monetaria no está sujeto a topes previos -aunque si a varias rendiciones de cuentas durante el año- los bienes y servicios adquiridos con cargo al mismo, deben seguir el mismo régimen que las demás adquisiciones del BCP (imputables al presupuesto administrativo).

Esto podría restringir en cierto modo la operativa de ejecución del presupuesto de política monetaria, ya que deben cumplirse plazos y formalidades propias de los procesos ordinarios de adquisición de bienes y servicios, y afrontar los mismos riesgos de dilaciones o impugnaciones que pudieran formular potenciales oferentes de bienes y servicios que no resultaron vencedores del proceso de adquisición, lo que en materia de ejecución de política monetaria puede configurar un obstáculo a la gestión del BCP. Tal vez, por razones de seguridad, podría idearse un régimen de contratación en este ámbito que permita concatenar el necesario control en el ámbito de las contrataciones y servicios públicos, con la dinámica propia de los bienes y servicios contratados por el BCP en este ámbito.

Nótese que no es lo mismo un retraso en la ejecución de la política monetaria -de carácter anual- por la demora -no siempre imputable al BCP- en culminar un proceso licitatorio, que si el retraso se produjese en un proceso licitatorio vinculado a la gestión

del presupuesto administrativo (Ley 1535), ya que en éste último -eventualmente- pueden volver a planificarse en forma puntual las adquisiciones según un orden de prioridades.

### 3. Conclusión

El plexo normativo nacional, en lo que concierne a la banca matriz, se encuentra correctamente calibrado, y, esta aseveración no se realiza en base de argumentos eminentemente teóricos, sino, más bien, considera y sopesa los resultados de la política monetaria del Banco Central del Paraguay en las últimas décadas.

La unidad monetaria paraguaya (el Guaraní), desde su creación (1943) no ha padecido ningún proceso hiperinflacionario ni ha tenido mayores desequilibrios monetarios.

En el año 2011 el Directorio del Banco Central del Paraguay resolvió implementar las “Metas de Inflación” como metodología de ejecución de la política monetaria. La inflación promedio de los últimos cinco (5) años se encuentra en torno al 4%, cumpliendo así con el objetivo propuesto del esquema de metas de inflación cual establece que la inflación se encuentre entre 4.5% +/- 2.00%.

Además, no es coincidencia que Paraguay ocupe el primer lugar en el ranking de países con mejor control de la inflación, en el reporte de Competitividad Mundial 2014-2015 emitido por el Foro Económico Mundial<sup>27</sup>. Dicha objetivo es producto del buen diseño y ejecución de la política monetaria, lo que permite que la inflación sea baja, predecible y estable.

Esta efectividad en la consecución de sus objetivos, se debe, primariamente, al adecuado diseño de un sistema de “pesos y contrapesos”, que permite que el Banco Central del Paraguay obre con independencia en la ejecución de la política monetaria pero, al mismo tiempo, coordine con otros organismos del Estado en la formulación de la misma y finalmente, rinda cuentas al Poder Ejecutivo, Legislativo y la Contraloría de la República, de la ejecución de las políticas a su cargo.

---

27 <http://www.abc.com.py/edicion-impresa/economia/paraguay-es-lider-en-efectividad-en-control-de-inflacion-1380564.html>



# FACULTADES REGLADAS Y DISCRECIONALES

Dr. Jorge Luis Maiorano





## FACULTADES REGLADAS Y DISCRECIONALES

Dr. Jorge Luis Maiorano<sup>1</sup>

Desde su nacimiento el Derecho Administrativo es un derecho de garantías frente al poder que ejerce la Administración Pública. Aunque algunos sostienen que es un derecho que justifica al poder, en realidad, la justificación del poder en sí mismo, está fundada en la satisfacción del bienestar comunitario.

Los presupuestos que le dieron origen; división de poderes y Estado de Derecho son también condicionantes. La Administración Pública es el complejo orgánico y funcional más condicionado normativamente: así tanto el Poder Judicial como el Poder Legislativo solo están subordinados a la norma máxima, la Constitución; en cambio la AP está sujeta a la Constitución, a los Tratados Internacionales, a las Leyes y a los propios reglamentos administrativos; es una actividad caracterizada por la sumisión al bloque de legalidad y por su función activadora de la Constitución. Una verdadera paradoja de ser la más sumisa y a la vez la más activa.

El maestro García de Enterría sentenció hace más de 50 años que la lucha contra las inmunidades del poder es siempre una tarea permanente para los juristas, el objetivo último es que el ejercicio del poder esté presidido por el derecho y no que el derecho sea la justificación del poder, pues si el derecho se convierte en la envoltura del poder, estamos ante el gran fracaso del derecho

Una consecuencia del Estado de Derecho, que estuvo en el origen de nuestra disciplina y que nos permite calificar a un Estado como de Derecho o no, es el principio de legalidad en virtud del cual la AP debe actuar sujeta al bloque de la legalidad. Este principio se expresa en un mecanismo técnico específico: la legalidad atribuye potestades a la Administración. Otorga facultades de actuación, define sus límites, habilita a la Administración a ejercer poderes jurídicos. Sin una atribución legal, una autorización legal que atribuya potestades, la Administración no puede actuar.

Las potestades, reflejo cualificado del poder según Marienhoff; títulos de acción

---

<sup>1</sup> Abogado con Diploma de Honor, Universidad del Salvador, Buenos Aires.

Abogado Especializado en Derecho Administrativo Profundizado, Universidad de Buenos Aires. Doctor en Jurisprudencia, Universidad del Salvador, Buenos Aires.

Presidente del Instituto Internacional del Ombudsman (I.O.I.), con sede en Canadá, durante los años 1998-1999. Ex Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Belgrano, Buenos Aires.

Profesor Titular de Derecho Administrativo en las Universidades de Belgrano y del Salvador, Buenos Aires, Argentina.

Profesor Titular de la materia "Nuevas formas de control de la Administración Pública" en el Curso de Especialización de Postgrado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Profesor Titular Honorario en Derecho de la Universidad de Ciencias Jurídicas y Políticas de China. Profesor Invitado en las Universidades de La Sapienza y Roma Tor Vergata, de Roma, Italia.

Ha pronunciado conferencias en Argentina y en el exterior, sobre temas de su especialidad. Ha publicado varios libros y ha colaborado en 33 obras colectivas publicadas en Argentina y en el exterior. Ha publicado numerosos artículos de doctrina, ponencias, comentarios jurisprudenciales, prólogos de libros, comentarios bibliográficos, etc. a nivel nacional e internacional.

administrativa según Luciano Parejo Alfonso o instancia intermedia entre el Poder y la competencia en mi opinión, distingue primariamente dos clases: regladas y discrecionales.

La potestad reglada es la que determina, en el plano normativo habilitante, la acción administrativa de manera completa prefigurando la acción de tal modo que el agente administrativo solo debe ejecutar la norma. En el ejercicio de este tipo de potestad solo hay una única solución correcta derivable de la aplicación en dicho ejercicio de la técnica jurídica. Por ello tal ejercicio, en este caso, es susceptible de control judicial en todos los aspectos y sin reserva alguna.

La potestad discrecional: en este caso la norma habilitante define algunas de las condiciones de ejercicio de esa potestad pero remite a la estimación subjetiva de la Administración el resto de las condiciones en cuanto al contenido concreto, la integración última del supuesto de hecho. Aquí, la Administración desarrolla una actividad volitiva, de valoración.

La esencia de la discrecionalidad radica en una libertad de elección conferida por la norma a la Administración, para que ésta determine cuándo actuará, si lo hará, o no, y, en su caso, con qué contenido.

Durante muchos años discrecionalidad fue sinónimo de actuación libre de la Administración que se traduce todavía, en el ámbito jurisdiccional, en la incontrolabilidad de los actos que la ejerzan.

Po ello, hace mas de 50 años el maestro García de Enterría enseñó que la lucha contra las inmunidades del poder es siempre una tarea permanente para los juristas, el objetivo último es que el ejercicio del poder esté presidido por el derecho y no que el derecho sea la justificación del poder, pues si el derecho se convierte en la envoltura del poder, estamos ante el gran fracaso del derecho. Y esa tarea permanente se enfrenta ante los nuevos retos y desafíos que supone marcar un territorio al poder, esforzarse porque la AP transite por la autopista del Derecho y no utilice caminos alternativos que conducen a la ilegalidad, arbitrariedad y la irresponsabilidad del Estado.

Como señala SCHMIDT-ASSMANN: “discrecionalidad no significa “libertad de elección”. La Administración no elige libremente una opción determinada, ya que como poder en todo momento dirigido por el Derecho, debe orientarse según los parámetros establecidos en la ley y en su mandato de actuación, ponderándolos autónomamente en el marco de la habilitación actuada; por consiguiente, la discrecionalidad encierra un mandato de actuación a la Administración enderezado a la consecución de racionalidad y estructurado a través de una serie de variados parámetros.

La discrecionalidad no es equivalente a indiferencia para el Derecho. Como no existe la potestad absolutamente discrecional que implicaría que cualquier agente pudiera tomar cualquier medida en cualquier circunstancia, hay necesariamente algunos aspectos reglados en todo acto dictado en ejercicio de potestad discrecional: así, en tanto se trate de elementos esenciales reglados, el Juez deberá establecer, simplemente, el grado de cumplimiento de los requerimientos normativos exigentes de una conducta administrativa predeterminada concretamente.

**Competencia** (quién), **causa** (por qué), **objeto** (qué) **forma** (cómo) en sentido amplio, en los tres casos en lo pertinente y fin (para qué), deberán resistir el examen jurisdiccional pleno.

De no concurrir esa resistencia y ser los vicios graves excluyentes del elemento, o de gravedad equivalente, se impondrá la nulidad absoluta del acto.

Con este control, la elección discrecional no es examinada en sí misma. Se trata sólo de un juicio lógico jurídico de comparación entre la norma y los requisitos del acto, en tanto aquélla determina, respecto de éste, reglamentamente, sus marcos competencial; causal de objeto y formal, en lo pertinente y teleológico.

La motivación, como elemento esencial del acto administrativo, tiene importancia en el caso de los actos dictados en ejercicio de facultades regladas, porque permite determinar la corrección del encuadre fáctico normativo de la decisión, su estricta configuración es particularmente exigible, cuando aquél es dictado en el marco de facultades discrecionales, pues éstas deben hallar en aquélla el cauce formal convincentemente demostrativo de la razonabilidad de su ejercicio. En la motivación de los actos discrecionales, la autoridad se justifica ante el administrado y se justifica también ante sí misma. Un destacado profesor de derecho administrativo, Bernard Schwartz, ha sostenido que una administración democrática es de calidad cuando la motivación de los actos del poder es de calidad.

Causa o Hechos determinantes: aun la hipótesis más amplia de discrecionalidad normativa —en el supuesto de hecho y en el consecuente— debe ser construida, necesariamente, sobre la base de hechos, conductas o acontecimientos verificables objetivamente y susceptibles, por consiguiente, de pleno control judicial.

Esto implica que, si los hechos, conductas o acontecimientos previstos por la norma no existen, el acto será, inevitablemente, inválido. No cabe, en este aspecto, elección discrecional: el mundo de los hechos no puede ser y no ser al mismo tiempo. En este terreno el control judicial debe ser, también, pleno, imponiéndose, en su caso, la nulidad absoluta del acto.

Los principios generales del derecho: es en este punto en el cual la libertad electiva en

la que la discrecionalidad consiste es colocada, efectivamente, de cara a la juridicidad. La elección, instrumentada en un acto correctamente estructurado en los aspectos referidos a la competencia, el objeto, la forma y el fin —en tanto reglados— y sustentado en los hechos invocados, es, en principio, libre. Y lo es, además, negativamente: el acto sólo podría ser descalificado si la elección en él contenida colisionara con los principios generales del derecho.

La elección libre en la que la discrecionalidad consiste se ejerce, pues, con arreglo a parámetros no jurídicos, pero de cara a los principios generales del derecho que tienen, frente a aquélla, un poder de *veto* neutralizante de la validez de los comportamientos que los contradigan. Por ello resulta entonces criticable la tradicional jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Argentina de acuerdo con la cual la actividad discrecional de la Administración es, principio, irrevivable judicialmente. La afirmación procedente debe ser, en cambio, desde mi punto de vista, la siguiente: *el núcleo de la decisión discrecional habilitada por la norma es, en principio, libre jurídicamente, pero revisable, en plenitud, en el marco de los principios generales del derecho en tanto límites negativos de aquella libertad.*

Esta concepción de la discrecionalidad, que identifica a ésta con la falta de norma determinante o laguna legal, *pertenece a la historia del derecho administrativo.*

Una cuestión singularmente controvertida, que ha merecido desarrollos importantes, en especial en la doctrina italiana, es la relativa a la que se ha dado en llamar discrecionalidad técnica. En su momento, MARIENHOFF señaló la inexistencia de la denominada discrecionalidad técnica, pues, a su juicio, en tanto un acto deba basarse en informes científicos o técnicos incontrovertibles, él es, respecto de su *contenido*, reglado y no discrecional, porque las conclusiones de ese informe o dictamen configuran los hechos a considerar para la emisión del acto. Sin embargo, salvo los casos de conclusiones científicas o técnicas unívocas, y excluyentes, por ende, de toda controversia, lo cierto es que, incluso en esos ámbitos de conocimientos especializados, no es descartable la existencia de varias soluciones, de entre las cuales la Administración debe elegir una, con criterio no técnico. En mi opinión, la necesidad de acudir a la ciencia o a la técnica para la emisión de un acto administrativo no excluye, necesariamente, la discrecionalidad.

Se avizora un nuevo horizonte que recuerda aquella enseñanza de García de Enterría. Una de las preocupaciones existentes en algunos estudios doctrinales de los últimos años es la de reivindicar el papel del Derecho en la gestión pública, como una perspectiva necesaria, aunque no suficiente, de la misma. La perspectiva legal debería abandonar el acartonamiento de la doctrina que considera la discrecionalidad como el Caballo de Troya del Estado de Derecho y no como una necesidad indisociable de la gestión pública en las sociedades modernas y una oportunidad para satisfacer con calidad los intereses generales.

CASSESE en un interesante artículo publicado recientemente reflexiona sobre los nuevos caminos para el Derecho Administrativo. De acuerdo con su punto de vista, “el derecho administrativo debe restablecer su lugar en el campo de las ciencias sociales”, con un planteamiento metodológico plural (legal, económico y político), aunque evitando el riesgo de un empirismo ciego, sin categoría jurídicas básicas.

Este enfoque de la doctrina administrativista más atenta y moderna muestra preocupación ante una actitud extendida entre algunos intérpretes del Derecho administrativo (jueces y tribunales, entre ellos, pero no únicamente), que se muestran reacios *mirar* hacia fuera del ordenamiento jurídico para interpretar éste. También conecta con una reivindicación creciente del papel del Derecho administrativo en la gestión pública, como instrumento habilitador de la calidad de ésta con el respeto de los derechos implicados en la misma.

En definitiva, a la luz de lo expuesto hasta el momento, la lucha jurídica contra las inmunidades del poder debe evolucionar hasta convertirse en la lucha por la buena administración.

La solución discrecional no es indiferente para el Derecho, aunque el control judicial no pueda controlar lo extrajurídico porque este Derecho puede y debe señalar que aquélla sea el resultado de un comportamiento sometido al cumplimiento de una serie de deberes jurídicos positivos (organizativos y procedimentales) con un determinado estándar de diligencia que debe ser respetado en garantía de la buena gestión pública (o de la buena administración, constituida ahora en derecho en determinadas legislaciones).

Si bien el control judicial no puede invadir ámbitos que no le corresponden, modificando el acto, el reglamento, el plan – en base a criterios meta jurídicos, *sí puede influir sobre la calidad de ese resultado orientando el modo de ejercicio de la potestad.*

¿Podría entonces el Poder Judicial controlar que ese ejercicio se desarrolle de conformidad con los deberes de comportamiento constitucionales y legales?

Entiendo que la respuesta es afirmativa y ello debería conducir a un replanteamiento o *epistemológico* del Derecho Administrativo, cuando éste entra ya en el “siglo de la buena administración”.

Y a su vez, *tal replanteamiento epistemológico que conduzca a ocuparse de la realidad debería llevar a modificar su metodología y a utilizar, por útiles, aportaciones provenientes de otras ciencias que nos permitan intervenir en la construcción de una Ciencia de la Administración en el marco de nuestro Estado de Derecho, desarrollando más la investigación sobre el Derecho, no sólo dentro del Derecho, fundamental y dirigida a la mejora del ordenamiento jurídico.*

En esa línea, pues, no nos debiera bastar ya con que la actuación pública no sea arbitraria; es posible exigir además que respete el derecho a una buena administración que posibilite la calidad de la gestión.

La calidad se refiere no sólo a los resultados sino también a las interacciones entre niveles de gobierno con las organizaciones empresariales y la sociedad civil, y, por lo tanto se da la mano con la idea de buena gobernanza.

El foco se mueve, de un paradigma todavía en construcción, hacia una nueva forma de gobernar más cooperativa, donde las instituciones públicas y las no públicas, actores públicos y privados, participan y cooperan en la formulación y la aplicación de la política y las políticas públicas, en una actuación en red.

Eso comporta una transición de las decisiones públicas unilaterales a fórmulas basadas en la persuasión y la negociación y desde la dirección jerárquica en el seno de las organizaciones públicas a fórmulas basadas en la coordinación y la cooperación, mediante las que los responsables públicos tratan de movilizar recursos y esfuerzos dispersos entre actores públicos y privados.

En este campo se instala el concepto de gobernanza, no siempre bien recibido en el ámbito jurídico, al ser considerado redundante, oscuro y poco útil.

El derecho a una buena administración, al imponer obligaciones jurídicas en el núcleo del ejercicio de la discrecionalidad actúa como límite más allá de la mera arbitrariedad, siendo, además, guía para los gestores públicos en la toma de decisiones. Y, por tanto, se trata de un útil instrumento en el control administrativo en garantía de los derechos e intereses de los ciudadanos, tanto individuales como colectivos.

El Derecho administrativo tiene que ver con la calidad y tiene un papel propio en la promoción de ésta, como expresa ahora la obligación jurídica, a la que nos referiremos luego también, de desarrollo de una buena administración.

He ahí, en mi opinión, uno de los retos, sino *el* reto, del Derecho administrativo (y de los administrativistas) del Siglo XXI: seguir siendo útil y valioso, manteniendo su esencia y rigurosidad e introduciendo la flexibilidad precisa para absorber las aportaciones de otras ciencias, sociales o no (pensemos en la neurociencia, por ejemplo) y para hacerse, a su vez, imprescindible a éstas.

En el ámbito europeo, el Consejo de Europa ha sido activo en el ámbito del deber de buena administración. Así, la Recomendación CM/REC (2007) 7 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre buena administración incluye varias sugerencias a los Estados Miembros para promover la buena administración. Entre ellas, hay una sobre la adopción de los estándares establecidos en un código modelo que se acompaña como apéndice a la propia Recomendación.



El Parlamento Europeo ha aprobado el *Código Europeo de Buena Conducta Administrativa*, por resolución de 2001, posible embrión de una futura codificación del procedimiento administrativo europeo.

El derecho a una buena administración se encuentra incorporado en diversa normativa española. La Constitución de 1978 prevé, implícitamente un auténtico deber jurídico de medios lo que hemos denominado, siguiendo la línea clásica de nuestra legislación, jurisprudencia y doctrina, *deber de buena administración*. Deber que se encuentra explicitado en las artes. 9.3 (principio de interdicción de la arbitrariedad), 31.2 (principios de economía y eficiencia) y 103.1 (principios de objetividad, coordinación y eficacia) y que afecta a todo desarrollo de la función administrativa.

Modernos Estatutos de Autonomía han recogido también el derecho a una buena administración. Una reciente incorporación *in extenso* del derecho a una buena administración lo encontramos en diversas *leyes autonómicas*. la ley catalana 26/2010; en Andalucía, la Ley 9/2007, de 22 de octubre, también se refiere a los principios de buena administración. En el caso de Castilla y León, el derecho a una buena administración reconocido en su Estatuto es desarrollado por una entera ley, la ley de la Comunidad Autónoma de Castilla y León 2/2010, de 11 de marzo, de Derechos de los Ciudadanos en sus relaciones con la Administración y de Gestión Pública, que tiene, según su art. 1 “por objeto fundamental regular y desarrollar el derecho a una buena Administración reconocido en el artículo 12 del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, en el marco del propio Estatuto de Autonomía y de la legislación básica del Estado”. Y la Ley Balear 4/2011, de 31 de marzo, lleva el expresivo título “de la buena administración y del buen gobierno”.

Por su parte, en septiembre de 2009, el Sindic de Greuges ha publicado un Código de Buenas Prácticas Administrativas, inspirado, como señala él mismo, en este Código de Buena Conducta Administrativa.

Pasando de los textos legales a la jurisprudencia generada por la resolución de problemas concretos, hay que mencionar la del TEDH que ha construido en torno al art. 6 del Convenio la noción de buena administración, aplicándola para resolver conflictos tanto en el ámbito administrativo como judicial.

Como señala el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia Öneriyildiz contra Turquía, de 30 de noviembre de 2004, aunque “el ejercicio de la discrecionalidad administrativa incluya una multitud de factores locales inherentes en la elección, implementación de políticas públicas” (como por ejemplo, las urbanísticas) y “en las medidas que resulten”, ello “no significa que las autoridades puedan legítimamente apoyarse sólo en su margen de apreciación, el cual de ningún modo les dispensa de su deber de actuar” conforme a principios de buen comportamiento público.

En la práctica, por ejemplo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos alude al principio de buena gobernanza (*good governance*) derivado del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 y lo aplica a la actividad administrativa.

LA ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.  
LA DISCRECIONAL Y LA REGLADA  
Ámbito de la revisión judicial

Enrique A. Sosa Elizeche





## LA ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA LA DISCRECIONAL Y LA REGLADA

Ámbito de la revisión judicial

Enrique A. Sosa Elizeche<sup>1</sup>

**SUMARIO:** 1. La teoría de los actos de gobierno o actos políticos. La “political-question doctrine”; 2. Conclusión.

A nadie escapa la singular trascendencia que tiene para el correcto desempeño de la administración la distinción ente las facultades regladas y las discrecionales que se ejercen en la actividad administrativa.

El Estado de Derecho exige, así como a los particulares gobernados, igualmente a las autoridades, el sometimiento a la ley. Toda la actuación dentro del Estado debe llevarse a cabo dentro del marco de la ley. La distinción entre facultades discrecionales y regladas hace, precisamente, a ese marco legal.

Así mismo la distinción está vinculada al control jurisdiccional, control al que se encuentran sometidos todos los actos y todas las conductas tanto públicas como privadas.

Como es sabido, el Estado es una creación social, uno de cuyos roles principales es la prestación de servicios a la comunidad desempeñando funciones a través de sus órganos a los cuales y para los cuales se les otorgan determinadas potestades.

Los órganos estatales realizan así actividades que pueden ser políticas, materiales o jurídicas. Una parte de esas actividades se desarrolla en la llamada Administración Pública, entendida ésta como el conjunto de órganos que tienen a su cargo la función de “administrar”, en contraste con la función legislativa o la jurisdiccional que se da también el ámbito del Estado. A eso obedece la “División de Poderes” (P.L., P.E. y P.J.) con diferentes funciones, aunque no exclusivas.

---

<sup>1</sup> Abogado (1961), Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Asunción (Año 1969). Tesis con felicitación de la mesa examinadora.

Curso de Postgrado (Doctorat d'Université – 1963/1964) en la Facultad de Derecho y Ciencias Económicas de la Universidad de Lyon – Francia.

Presidente de la Corte Suprema de Justicia (1997).

Ministro de la Corte Suprema de Justicia (Agosto 1995 – Febrero 2003), Sala Civil.

Ex Miembro del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados desde su creación.

Ex Profesor Titular de Derecho Administrativo y de Técnica Jurídica en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción.

Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción.

Miembro de la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya (2011-2017). Miembro de Número de la Academia Paraguaya de Derecho y Ciencias Sociales y miembro de diversas Asociaciones de Derecho.

Autor de varias obras jurídicas y artículos publicados en el Paraguay y en el exterior.

Conferencias pronunciadas en el Paraguay y en el exterior en varios eventos jurídicos.

En particular, la actividad de la Administración Pública también está compuesta por actos de diversa naturaleza como los actos materiales, técnicos y por actos jurídicos, realizados éstos para generar derechos y obligaciones, actos que conforman la actividad jurídica de la administración a la cual nos estamos refiriendo en el presente tópico del Seminario que se está desarrollando.

Aunque el tema, dada su importancia, requiere una lógica extensión, por obvias razones de brevedad, nos limitaremos a realizar alguna reflexión sobre un aspecto de esa actividad de la Administración Pública, aspecto que gira en torno al ámbito de la revisión jurisdiccional de aquélla.

La Ley 1462/35 que establece en nuestro país el procedimiento para la contencioso-administrativo, en su art. 3, inc. b), admite la demanda contencioso-administrativa contra las resoluciones administrativas que sean dictadas en uso de las facultades regladas de la administración. El texto legal omite referirse, por lo tanto, a la revisión jurisdiccional del ejercicio de las facultades discrecionales.

Sin embargo, debe recordarse que en un acto administrativo pueden coincidir el ejercicio de facultades regladas con el de facultades discrecionales. Asimismo, cabe tener presente que la facultad de apreciar la oportunidad o conveniencia para dictar un acto administrativo, - facultad propia de la actividad discrecional -, se halla limitada, no es absoluta ni conlleva la posibilidad de actuar arbitrariamente. Si a alguna autoridad u órgano administrativo se le otorgara la facultad de actuar a su arbitrio y caprichosamente, ello constituiría una facultad extraordinaria prohibida expresamente por la Constitución (art. 3º).

La existencia de límites a las facultades discrecionales, límites que constituyen la faz reglada del acto administrativo, abre las puertas al control jurisdiccional, por lo que se admite la revisión judicial de los actos que, aunque sean dictados en uso de facultades discrecionales, contengan elementos reglados, los cuales serán objeto de control. En esos controles, el órgano jurisdiccional procederá a realizar una revisión, no del *mérito* (la oportunidad y la conveniencia) del acto, sino de la legalidad del mismo; se llevará a cabo así una verificación de la existencia de las condiciones de regularidad y validez. La ilegalidad surgirá al transponerse los límites de la discrecionalidad, lo que determinará la posibilidad de declarar la invalidez del acto por parte del contralor jurisdiccional.

Además del referido examen de las condiciones de regularidad y validez del acto administrativo (autorización legal, competencia, forma, procedimiento, etc.), el control judicial debe poner énfasis en determinados aspectos a los que nos referiremos a continuación.

a) *La realidad fáctica*

Enseña Sayagués Laso que el pronunciamiento de la administración tiene como punto de partida “determinados antecedentes de hecho, que son el motivo que justifica aquél. El proceso volitivo de la administración comienza apreciando la existencia de esos hechos. En esa apreciación no hay generalmente discrecionalidad, pues los hechos son o no son lo que la administración declara ser. Es indiferente que esa apreciación requiera conocimientos técnicos, pues la circunstancia de que la cuestión de hecho sea de carácter técnico no altera la regla”.

Esa realidad fáctica, como señalan García de Enterría y Fernández, es siempre una y solo una, como por ejemplo, la existencia de una vacancia, la realización de una construcción, etc. No existen dos realidades sobre una misma circunstancia. Indican los mencionados autores, que la valoración de la realidad podrá ser objeto de una facultad discrecional, pero la realidad misma, si el hecho se produjo o no, no queda al arbitrio de la Administración quien no puede, de acuerdo a su mera voluntad, determinar que un hecho se cumplió si en realidad no ha sido así y viceversa. Cabe por lo tanto el control de la *exactitud* de los hechos en los que se funda la actividad discrecional, como asimismo el control de la calificación jurídica de los hechos. Cosa distinta sería la valoración de los hechos desde la perspectiva de la conveniencia u oportunidad en la cual si existiría una potestad discrecional.

b) *La calificación legal*

Acertadamente indica Sayagués Laso que a los antecedentes de hecho debe dárseles una *calificación legal*, lo cual tampoco esta librado a la discrecionalidad ya que existe una sola verdad legal, por lo que, si la calificación administrativa es errónea, el acto es ilegal. Por último, la autoridad considera si debe o no actuar y qué medidas adoptar. Este sí es un ámbito de la discrecionalidad en el cual la Administración dispone de libertad más o menos amplia, pero siempre actuando razonablemente dentro de ese ámbito.

c) *El control del fin*

Debe reiterarse que el control que lleva a cabo el órgano jurisdiccional se refiere a los elementos reglados del acto administrativo porque en realidad se trata de un control de legalidad del acto, de su adecuación al ordenamiento jurídico. Dentro de esos elementos reglados la doctrina ha puesto atención en el control del fin, ya que toda actividad administrativa persigue un fin determinado en la ley, sea en forma expresa o tácita, lo cual constituye un elemento reglado dentro de las potestades, elemento que podrá servir de base al posterior ejercicio de la discrecionalidad. La omisión de ese elemento reglado, el fin, torna ilegítimo el acto. Es el caso de la desviación de poder que ha sido definida como el ejercicio de potestades administrativas para *fines*

*distintos* de los fijados en el ordenamiento jurídico. Se incurriría en desviación de poder tanto si el fin distinto del fijado en la norma se tratara de un interés particular como, si aun teniendo una finalidad pública, fuera diferente al fin concreto fijado en la norma. En esos casos existiría desviación de poder a pesar de que la finalidad perseguida por el acto irregular sea también pública. Como se ha señalado, debe constatarse la identidad de los fines debiendo declararse la irregularidad del acto cuando existiera divergencia de fines.

d) *La aplicación de los principios generales del derecho*

Se admite también el control de la discrecionalidad a través de la aplicación de los principios generales del derecho como la buena fe, la igualdad, la libertad, etc. con la prudencia necesaria para evitar la sustitución de la discrecionalidad administrativa por la discrecionalidad judicial.

e) *El control de razonabilidad*

Otro campo en el que se ejerce el contralor judicial sobre las potestades discrecionales de la Administración es el vinculado a la razonabilidad del acto. Como hemos señalado anteriormente, la razonabilidad constituye uno de los límites de la discrecionalidad ya que las facultades discrecionales no pueden ser ejercidas arbitrariamente, movidas por el simple capricho de la autoridad administrativa. Debe tener el acto administrativo fundamentos razonables, expresados en el acto o implícitos en él, que le den basamento, fundamentos que, aunque puedan ser discutibles y no compartidos por el órgano de control jurisdiccional, sean objetivamente sustentables.

Sobre el punto, señalan García de Enterría y Fernández, al referirse al control jurisdiccional de la razonabilidad del acto administrativo, que la tarea de los Tribunales no consiste en repetir el mismo ejercicio que la Administración para llegar al mismo o diferente resultado, lo que les convertiría en administradores, “sino en verificar si en el ejercicio de su libertad decisoria la Administración ha observado o no los límites con los que el Derecho acota esa libertad y si, finalmente, la decisión adoptada puede considerarse, en consecuencia, como una decisión racionalmente justificada o, por el contrario, como el simple fruto de la voluntad desnuda de quien la ha adoptado”.

f) *La utilización de los conceptos jurídicos indeterminados*

En cuanto al control judicial de la utilización de los conceptos jurídicos indeterminados en los actos administrativos (justo precio, mejor oferta, orden público) de cierta vaguedad conceptual, el órgano jurisdiccional puede revisar la aplicación del concepto indeterminado y verificar su adecuación a la ley, respetando siempre el margen de apreciación en la zona de incertidumbre (“halo”) del concepto (aunque ella también puede ser revisada), pero controlando las zonas de certeza. A título de ejemplo, el



justo precio de un inmueble, de acuerdo a los valores del mercado, puede estar entre dos precios más o menos ajustables a los valores del mercado, en cualquiera de los cuales podría encontrarse razonable la ubicación del concepto de justo precio (zona de incertidumbre); pero no puede estar ni por encima de los valores máximos del mercado ni por debajo de los mínimos (zona de certeza) sobre los cuales existe la **certidumbre** de que el precio fijado **no sería el justo**.

g) *Otros controles*

Debe ponerse de resalto que con la discrecionalidad se introduce en el proceso de aplicación de la ley un elemento subjetivo constituido por la facultad de apreciación y de valoración, - del interés público, se entiende, - que el orden jurídico encomienda a la Administración.

El Consejo de Estado francés (Tribunal de lo Contencioso-Administrativo) ejerce el control de los actos administrativos discrecionales cuando se refiere a elementos del acto extraños a la adaptación de su objeto a los motivos que lo han provocado, por ejemplo la incompetencia, el objetivo perseguido (desvío de poder), los vicios de forma, la existencia de motivos alegados (error de hecho o de derecho).

En la jurisprudencia francesa se admite la revisión jurisdiccional en los casos de error manifiesto y aun en el control de proporcionalidad. La teoría del error manifiesto permite al Juez, aún en los casos de facultades discrecionales, revisar y anular el acto cuando existe “error de apreciación” (es decir falta de adaptación de la medida a los motivos) siempre que ese error sea manifiesto.

En cuanto al principio de proporcionalidad éste ha sido adoptado en varios países europeos, como Alemania y Suiza, así como en tribunales internacionales como la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas.

## **1. La teoría de los actos de gobierno o actos políticos. La “political-question doctrine”**

Vinculadas al tema que nos ocupa se hallan las teorías de los actos de gobierno y la de los actos políticos.

a) *Concepto de los actos de gobierno*

En doctrina se ha considerado una categoría especial de actos emanados de las autoridades públicas, los actos de gobierno, que se distinguirían de los actos administrativos, distinción que ha generado mucha resistencia en el ámbito del Derecho Administrativo y en el del derecho público interno en general.

Se atribuye generalmente la categoría de actos de gobierno a ciertos actos administrativos dictados por los órganos supremos de cada uno de los poderes del Estado en ejercicio de facultades discrecionales provenientes directamente de la Constitución.

De acuerdo con esa doctrina los actos pertenecientes a esa categoría especial de actos de gobierno no serían susceptibles de ser revisados judicialmente, serían no justiciables y a los jueces les estaría vedado el examen de esos actos.

#### b) *Teorías sobre los fundamentos*

A varias figuras se ha recurrido para describir y fundamentar el acto de gobierno. Así, se ha mencionado la teoría del móvil político o la razón de Estado, las medidas cuya naturaleza constituye alta política, la distinción entre función gubernamental (de alta dirección) y función administrativa (complementaria o subordinada) e incluso la discrecionalidad como carácter exclusivo del acto de gobierno.

Sobre la teoría del móvil político como fundamento de los actos de gobierno, han escrito García de Enterría y Fernández: “El ejercicio de una potestad administrativa en función de un móvil político es lo normal, si esta expresión se adopta en su significado más extenso; y si se acoge la significación del término “político” en el sentido más concreto de la pugna política, de la lucha de un régimen contra sus antagonistas, entonces se comprende que, lejos de justificarse para los actos que sean expresión de la misma una exención del control judicial, más bien apela a él en términos más rigurosos, por la sospecha inicial de un posible abuso de las potestades administrativas en un contexto poco dado a la objetividad. Técnicamente no hay justificación posible para un cambio de régimen tan espectacular a propósito de la justiciabilidad de los actos por la simple incidencia de un fin de lucha política, salvo que se acogiese la vieja concepción de la “razón de Estado” que exime de la moral y del Derecho lo que el interés de los gobernantes justifique. El enemigo político no puede estar excluido de la protección judicial sin pervertir el orden del Derecho gravemente. Sea cual sea el fin con que se empleen las potestades administrativas, éstas están siempre tasadas por el Derecho, como bien nos consta, y, por tanto, el juez puede y debe fiscalizar su ejercicio”.

Todas las teorías citadas han sido rechazadas y objetadas, al extremo de que en Francia, donde nació la teoría del acto de gobierno en su vertiente europea continental, se ha adoptado una enumeración casuística con bases meramente empíricas de carácter jurisprudencial.

Están incluidos en esa “lista jurisprudencial” de actos de gobierno las decisiones del Presidente de la República relativas al ejercicio del “derecho de gracia”, la presentación o el retiro de un proyecto de ley, la promulgación de la misma, la

convocación a sesiones extraordinarias del parlamento, los actos relativos a las relaciones internacionales, la celebración y ejecución de tratados, etc.

c) *Origen de la doctrina*

La teoría del acto de gobierno nació en Francia como una auto-limitación que se impuso el Consejo de Estado de ese país luego de la restauración borbónica. Las razones fueron de índole política más que jurídica. Es por tanto, muy difícil, encontrar fundamentos jurídicos a una teoría que ha surgido sin bases de esa naturaleza, como una supervivencia de la “razón de Estado”, al extremo de que se ha sostenido en la propia doctrina francesa que la categoría de actos de gobierno realmente “no existe”. La introducción de la teoría de los actos de gobierno por el Consejo de Estado francés constituye, al decir de García de Enterría y Fernández, “una de las escasas máculas de su historia ejemplar”.

d) *La doctrina de las cuestiones políticas (political question doctrine). Sus fundamentos*

Una doctrina similar a la de actos de gobierno lo constituye la de las “cuestiones políticas” o “political question doctrine” desarrollada en el derecho norteamericano. Estas son cuestiones que los tribunales no pueden revisar por considerar que no existen pautas legales para aplicar al caso o que la decisión está reservada a otros poderes del estado. Entre ellas se citan: el proceso de sanción de las leyes, el proceso de enmienda constitucional, el juicio político (aunque la doctrina está dividida), las relaciones internacionales como los conflictos de límites, el reconocimiento por el presidente de gobiernos beligerantes extranjeros, la extensión territorial de terceros países, la exclusión y expulsión de extranjeros, etc. La noción de las cuestiones políticas se basa a veces en criterios de *competencias de otros poderes*, otras veces en razones de “*prudencia*” judicial y otras en un criterio “*funcional*” que consiste en la adecuación de los medios que puede utilizar la Corte para llevar a cabo una tarea; “si sus medios ordinarios se muestran inadecuados para una tarea en particular, la Corte puede reaccionar ya sea incrementando su arsenal de medios o limitando las tareas que desempeñará”.

La doctrina de las cuestiones políticas fue expresada en los Estados Unidos por el Juez Marshall en el caso *Marbury vs. Madison*, en el que hizo una distinción entre las causas en las que el Presidente y los que actúan como sus agentes ejercen poderes puramente políticos, y aquellas en que cumplen deberes específicos señalados por la ley, deberes de los cuales dependen los derechos de los individuos. “Las cuestiones políticas por su naturaleza —declaró— nunca pueden resolverse en esta Corte”.

No deben confundirse tampoco las “cuestiones políticas” con las “causas políticas”. La justicia norteamericana declaró en el caso *Baker vs. Carr*: “la doctrina de que tratamos es de cuestiones políticas, no de causas políticas. Los tribunales no pueden rechazar

como juicio contrario a derecho una controversia de buena fe sobre si alguna acción llamada política sobrepasa la autoridad constitucional”.

Señala Schwartz, que la doctrina de las “cuestiones políticas” debe hacer que un acto gubernamental sea inmune al escudriñamiento judicial únicamente cuando se basa sobre una decisión política que no apunte directamente a las actividades individuales cuando, según la frase de Marshall, “las materias son políticas: se refieren a los derechos de la Nación, no a los derechos individuales”. Por el contrario, si un acto gubernamental pretende afectar y en realidad afecta directamente a la persona o a la propiedad de los particulares en este país, esos particulares que se consideraren perjudicados deben tener el derecho de recurrir a la ley para obtener reparación”.

e) *Opinión de la doctrina acerca de la teoría de los actos de gobierno o actos políticos*

Gaston Jéze no acepta la teoría de los actos de gobierno, señalando que no existe justificación en la naturaleza jurídica de esos actos, sino que el régimen excepcional de sustracción del control jurisdiccional sobre los mismos se debe únicamente a razones de oportunidad política sin que tengan una naturaleza jurídica especial.

Para la doctrina predominante, el acto de gobierno o acto político no constituye una figura jurídica específica y el acto de gobierno queda asimilado al acto administrativo. Como afirma Marienhoff, “la doctrina predominante niega que los actos de “gobierno” o “políticos” existan como categoría jurídica, por lo que se ha considerado que la “teoría” de dichos actos debe eliminarse por inútil. Los que actualmente sostienen que esos actos existen como categoría jurídica son los menos, pero los argumentos de que en realidad hacen mérito están rebatidos por la doctrina”. Ese autor introduce otra categoría de actos: la de los actos institucionales, que serían irrevisibles.

f) *La inmunidad judicial*

La cuestión referente a los actos de gobierno o actos políticos es consustancial con una pretendida inmunidad judicial de aquellos actos que pudieran tener una connotación política. Debe convenirse que la irrevisibilidad jurisdiccional de los actos de gobierno no puede admitirse en un estado de derecho, en el que administradores y administrados deben sujetarse al orden jurídico establecido. En consecuencia todos los actos deben ser y son susceptibles del control judicial referente a la adecuación de los actos a la legalidad. Lo contrario sería la consagración jurídica de la irresponsabilidad y de la inmunidad. No existe ninguna razón para constituir a los llamados actos de gobierno en la excepción a la regla de la revisibilidad. No admitiéndose la existencia de actos irrevisibles, el concepto de actos de gobierno no tiene sino una justificación meramente académica.

g) *Nuestra opinión*

Hemos afirmado anteriormente que los actos políticos o actos de gobierno no son sino actos administrativos caracterizados por una amplia discrecionalidad y que como tales deben estar sujetos al control judicial, ya sea a través del amparo, de la impugnación de inconstitucionalidad, del recurso contencioso-administrativo, con las limitaciones impuestas a ese contralor; vale decir el control de los límites impuestos a los actos discrecionales, establecidos en la Constitución, en las leyes, en los reglamentos, como también límites establecidos por el principio de razonabilidad.

Por eso, cuando se habla de la no justiciabilidad de ciertos actos, ello no significa que los jueces no puedan examinar si las autoridades, en el ejercicio de sus facultades discrecionales, no han traspasado los límites establecidos. Es en ese sentido, que podemos afirmar que no existen actos no justiciables, porque cuando se plantea una cuestión a un juez, cualquiera sea la naturaleza del acto, aquél está obligado a examinar la legitimidad del mismo. Lo que no podrá hacer el juez, una vez constatada la conformidad del acto a las potestades que le han sido conferidas, es reemplazar la decisión de la autoridad, por la suya propia, por tener criterios distintos.

El juez en presencia de un acto de gobierno no debe declinar “in limine” o automáticamente su revisión, sino que debe analizar, como en todo acto en el que existe una actividad discrecional, si ésta se halla enmarcada dentro de sus límites constitucionales, legales, reglamentarios, de razonabilidad, etc. Si es así, aunque no comparta el criterio adoptado por la administración, debe respetar la opción de la misma; en caso contrario, debe invalidar el acto.

El rechazo “in limine” solo puede proceder en casos de extremada y manifiesta improcedencia pues se correría el riesgo de incurrir en denegación de justicia en violación del derecho a la tutela judicial efectiva consagrada en nuestra Constitución así como en tratados y pactos internacionales suscriptos por nuestro país. Debe recordarse que en la revisión judicial se dan dos etapas: a) el examen y b) la decisión (que puede consistir en la revocación del acto o en su confirmación). No caben dudas de la existencia de actos que escapen a la revocabilidad judicial. En primer lugar, la conducta de las personas que no afecten el orden público ni los derechos de terceros, está exenta de la autoridad pública, como lo dispone el Artículo 33 de la Constitución. Por otro lado, ningún acto o conducta, de carácter público o privado, que se ajuste al ámbito de la legalidad, puede ser objeto de revocación judicial, pero para ello será necesario un previo examen por parte del órgano juzgador.

h) *Los actos de gobierno en nuestro derecho positivo*

Para finalizar, debe señalarse que en nuestro derecho positivo no existe definición ni referencia alguna a los actos de gobierno. La mención que hace la Ley 600/95 que

Organiza la Corte Suprema de Justicia se refiere a la improcedencia y rechazo “in limine” de la acción de inconstitucionalidad de las “cuestiones no justiciables”, - no hace referencia a los actos de gobierno -, dejando librado al criterio de la Corte el análisis de la justiciabilidad. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sí se ha referido en diversos fallos a la cuestión de la justiciabilidad de los actos de gobierno, como puede verse en los Ac. y Sent N° 93/95, Ac. y Sent. N° 148/95, Ac. y Sent N° 415/98, Ac. y Sent . N° 184/95, Ac. y Sent. N° 586/96 etc. en los que se ha sostenido la inexistencia de cuestiones no justiciables y por ende la revisibilidad de todos los actos.

## **2. En conclusión**

Es importante recalcar que ninguno de los actos o conductas escapan al control judicial de legalidad, incluidos los actos políticos, que también están sujetos al examen y eventual revocación jurisdiccional. Con ello propendemos a la vigencia plena del Estado de Derecho democrático y social y a la concreción de un verdadero Estado de Justicia.

# LOS CONTRATOS DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA

Dr. Ricardo Rivero







## LOS CONTRATOS DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA

Dr. Ricardo Rivero<sup>1</sup>

El recordatorio histórico de destacados antecedentes de acuerdos de colaboración público-privada (las capitulaciones colombinas) puede servir para despejar cualquier duda o prejuicio en torno a la conveniencia o la oportunidad de la utilización de estas fórmulas jurídicas, no solo se irán utilizando muchos años en otros momentos de la historia. También encontraremos destacadísimos desafíos nacionales en distintos países que se han realizado gracias a los modelos de colaboración público privada.

Es que hoy, en nuestro tiempo, esta técnica jurídica se encuentra absolutamente valorizada, reconocida y universalizada en todo el mundo; con independencia de las orientaciones más o menos social-demócratas, más o menos neoliberales de las distintas constituciones y marcos regulatorios de los países.

No puede decirse, sin incurrir en una notoria falacia, desde mi punto de vista, que las colaboraciones público privadas y los convenios de colaboración público privados, los contratos o las asociaciones público privadas son una fórmula jurídica de marcado sesgo neoliberal. Dependiendo de sus contenidos, de las condiciones económicas del régimen jurídico de detalle, como fórmula posible para la canalización de ambiciosos proyectos públicos, no tiene por qué presentar ese sesgo.

El hecho de que se hayan regulado con distintas leyes las colaboraciones público privadas, prácticamente en todos los países desarrollados o aquellos que aspiran a serlo, lo demostraría. Ciertamente, las colaboraciones público privadas se encuentran especialmente patrocinadas por algunas instituciones económicas o financieras internacionales que, en ocasiones, se suelen identificar con las políticas económicas neoliberales, aunque no siempre las impulsan. Pero, en lo que se refiere al marco del derecho público global, la globalización del Derecho administrativo, que es un fenómeno imparable en una realidad de nuestros días, en sus proyecciones sobre las colaboraciones público privadas, no quiero dejar de destacar el papel muy activo asumido por los organismos dependientes de Naciones Unidas. No hablo ahora del Fondo Monetario Internacional o del Banco Mundial, hablo de Naciones Unidas y sus organismos con encomiendas expresas en materia de aproximación de legislaciones y normalización de leyes que se han detenido y han invertido considerables esfuerzos en la propuesta de mejoras, en la regulación de los acuerdos de colaboración público privada a nivel internacional y en los distintos países.

Más allá de tratarse de una propuesta de marcado carácter económico, también Naciones Unidas impulsa, anima a los países a que utilicen en sus proyectos de

<sup>1</sup> Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de Salamanca. Decano de la Facultad de Derecho. Premio Extraordinario de Doctorado (1996), con estancias docentes e investigadoras en las universidades libre de Amsterdam (Holanda), Friburgo (Alemania) y Paris X Nanterre (Francia). Profesor invitado en la Universidad de La Plata (Argentina). Autor de diez libros y setenta artículos en revistas especializadas de Derecho Público. Investigador principal del Grupo "Reforma y modernización de las Administraciones públicas" (GISALMAD).

desarrollo para aprovechar las oportunidades de generación de infraestructuras que puedan mejorar la calidad de vida de los ciudadanos. Si no se tratara de esto, Naciones Unidas no impulsaría esa línea de trabajo mediante la regulación y el establecimiento de marcos normativos adecuados para la colaboración público privada. No quiero dejar de señalar este dato por dos razones, (i) tanto para dar respuesta a la pregunta de si son o no legítimas y/o convenientes las colaboraciones público privadas, los contratos de colaboración público privada, (ii) como para contestar también a la pregunta de en qué forma deberían regularse los acuerdos de colaboración público privada en los Derechos nacionales de los distintos países.

A la primera pregunta (sobre la pertinencia de los acuerdos), la respuesta ha de ser necesariamente positiva y a la vista está, salvo que un país determinado se quiera mantener al margen de una de las innovaciones jurídicas mas importantes y que ofrece mayores oportunidades para el desarrollo de proyectos.

La regulación de las colaboraciones público privadas es absolutamente necesaria y, en cuanto a la solución a la pregunta de ¿cómo deben regularse los acuerdos de colaboración público privada? pues la respuesta también sería sencilla: hay que mirar a los documentos de las instituciones internacionales más fiables que señalan en sus distintos aspectos cómo deben regularse estos contratos. Para responder a cada una de las cuestiones concretas que plantea su régimen, antes he citado la historia, ahora voy a recurrir al derecho comparado, también hay que aprovechar la experiencia de otros muchos países que, antes que Paraguay, han comprobado en su propia aplicación estas técnicas; tanto las oportunidades que presentan los acuerdos de colaboración público privada, como los riesgos que presentan estas fórmulas contractuales.

Ya hay un recorrido muy largo de regulación de marcos jurídicos y de aplicación con consecuencias económicas de los acuerdos de colaboración público privada. Estúdiense, téngase en cuenta las mejores experiencias, las buenas prácticas y deséchense (y es fácil señalar cuales son buenas prácticas y cuales son malas prácticas) aquellas experiencias que han resultado claramente negativas. Yo podría señalarles cuales son las mejores prácticas comparadas en el panorama internacional y cuales son prácticas negativas o que han provocado desequilibrios económicos, pero por cuestiones prácticas y para no aburrir, me referiré solo a algunos casos concretos.

Por ejemplo, el caso de Portugal con la llamada de la crisis de deuda europea, que han tenido que revisar muchos aspectos del régimen jurídico de las colaboraciones público privadas, también algunas experiencias fracasadas en América Latina por defectos en la regulación en el marco normativo de las colaboraciones público privadas. Esos casos no deberían tomarse como ejemplo. Por tanto, si tenemos casos que no son recomendables a seguir, tanto en este lado del Atlántico como al otro lado del mismo, hay que recoger esas experiencias negativas y tomar notas para no volver a caer en los mismos errores.

Por otro lado, tenemos también los modelos exitosos, positivos, que se podrían reproducir en Paraguay a la hora de dar respuestas a las soluciones más concretas que plantea la puesta en práctica de los proyectos de colaboración público privada.

Casi todo está inventado en esta figura del derecho público, del derecho administrativo, y no hay que preocuparse tanto de si puede ocurrir algo negativo en su puesta en marcha, como sí de prevenir, a partir de la experiencia ajena o previendo los errores que han cometido otros, y tomar las cautelas para evitar que esto suceda.

Así que me manifiesto de manera inequívoca, clara, en favor de los acuerdos de las asociaciones público privadas, siempre y cuando su régimen se plantee desde la experiencia, el mejor conocimiento de las buenas prácticas internacionales y teniendo muy presentes también las recomendaciones y los documentos que desde instituciones fiables, como son las dependientes de Naciones Unidas, de manera destacada, se han trasladado a los Estados. Que se estudien muy a fondo esas recomendaciones, que se estudien muy a fondo esos documentos y que el Derecho paraguayo pues los tenga presentes, no solo en el diseño de su ley y su desarrollo reglamentario, sino en un punto clave como es el de la elaboración de los pliegos, de los documentos contractuales que van a regir la relación entre los privados que se animen a plantear los proyectos. Que las instituciones públicas paraguayas, en los próximos tiempos, cuiden esos detalles y ojalá que esta primera crisis planteada, en relación al marco normativo de las colaboraciones público privadas, sea superada muy pronto y, finalmente, empiecen con la ejecución de proyectos.

Estas son las consideraciones generales que me parece necesario exponer, pero creo que ustedes, en un momento como el que vive el Paraguay hoy, no quieren hablar tanto de las colaboraciones público privadas en Portugal o en España o en México o en Argentina, como probablemente les interese el problema concreto que se presenta con la discusión originada en el Congreso paraguayo sobre el planteamiento de someter a la aprobación del Senado cada proyecto de contrato de colaboración público privado que vaya a ejecutarse. Yo, por cortesía, no puedo dejar de tener presente su interés actual.

Un punto de vista externo y neutral en torno a la ley paraguaya de colaboraciones público privadas y este último debate sobre su modificación parcial o derogación de algunos de los artículos, hacen que sea estimulante el desafío de pronunciarme sobre un problema candente del Derecho administrativo paraguayo. Hoy llama mi atención, me ha ocupado de manera intensa en los últimos días y compartiré con ustedes también mis conclusiones al respecto.

Entrando ya en el análisis del Derecho paraguayo de las colaboraciones público privadas, debo hacer en primer lugar una valoración general de la ley que se aprobó en su momento y que ahora está siendo objeto de una reconsideración en el Congreso y sus perspectivas de desarrollo.

¿Cuál es mi opinión sobre la ley aprobada en Paraguay para regular las colaboraciones público privadas, en el contraste con las experiencias internacionales y los documentos de instituciones que formulan recomendaciones en torno a estas figuras? Pues he de decir que mi opinión es en general positiva, puede haber otros aspectos del Derecho administrativo paraguayo como del Derecho administrativo español también o del Derecho administrativo de otros países de Europa o América Latina que no me parezcan tan positivos y cuando es así lo afirmo, pero la lectura detenida de la ley de colaboración público privada aprobada en Paraguay no me conduce a una opinión extraordinariamente crítica, lo cual no quiere decir que no haya aspectos en la regulación de la ley que resulten excesivamente abiertos o indeterminados o difusos y requieran ora un desarrollo reglamentario que se ha producido en parte, ora una concreción mucho mayor en la fórmula de los pliegos que se elaboren para cada uno de los proyectos; pero si mi opinión no es especialmente crítica, en torno a la apertura o indeterminación de algunos de los preceptos de la ley paraguaya de colaboraciones público privadas, es porque precisamente la mayor ventaja que presenta esta técnica jurídica frente a las clásicas fórmulas alternativas del Derecho administrativo es su flexibilidad.

Hay un debate que se planteó en España y que se reproduce en cada país de tradición jurídico-administrativa continental, en la que llegan las propuestas de regulación de la colaboración público privada (en el que yo también he participado en ese debate), consistente en si es o no suficiente la figura de la concesión administrativa para hacer todo esto que se plantea con las colaboraciones público privadas. Esto es lo que los administrativistas clásicos, nuestros ilustres maestros, los que nos han enseñado todo lo que sabemos sugieren inevitablemente cuando se enfrentan a una fórmula de raíz claramente anglosajona como es la colaboración público privada. Pero si nosotros tenemos las concesiones y este debate no es solo un debate doctrinal, sino que tiene consecuencias prácticas y más, si pensamos que en la polémica actual del Derecho paraguayo es trivial o no la calificación de las colaboraciones público privadas como concesiones; si la fórmula constitucional que atribuye al Congreso una competencia en la autorización de las concesiones y qué habría que plantearse si se puede interpretar de manera expansiva hasta el punto de alcanzar también estas nuevas técnicas.

¿Esto es una concesión con otro nombre? ¿O todo lo que se puede hacer con la colaboración público privada se puede hacer con la concesión? ¿O es algo distinto?

Yo he participado en este debate sobre el derecho administrativo español, así como la mayoría de los administrativistas españoles plantearon reservas y objeciones a la figura del contrato de colaboración público privada, cuando se introdujo como contrato típico en la regulación de contratos del sector público. Había apuntado, y creo que el tiempo me ha dado la razón, que sus perfiles y propósitos eran claramente diferenciables de la clásica concesión y otras fórmulas contractuales administrativas bien reconocidas hasta el momento. Es decir, lo que se pretende hacer con el contrato

de colaboración público privada no se puede hacer con la concesión administrativa y lo diré alto y claro, esto no es una concesión.

Esto no es una concesión y no es una concesión porque los principios básicos en los que se basa son distintos a los de la concesión y hay un principio elemental del régimen de la contratación administrativa y en particular de las concesiones que es el principio de *riesgo y ventura* que deliberadamente se quiere esquivar en la naturaleza y en el régimen jurídico de los contratos de colaboración público privadas. Esto no es una concesión, pero es que además a propósito quiere esquivar la naturaleza y el régimen jurídico concesional, lo que se puede hacer a través de los contratos de colaboración público privada no se puede hacer a través de concesiones; porque (con la colaboración público privada) la relación jurídica y económica con el contratista está marcada por la búsqueda de una adaptabilidad y evolución de las circunstancias que es incompatible con el régimen concesional. Este último es un régimen mucho más estático, en cuanto a las posiciones jurídicas de las respectivas partes de administración contratante y concesionario en la evolución temporal del negocio.

La colaboración público privada es una alternativa a la concesión, se inventa porque las concesiones no sirven para desarrollar determinados objetivos y la opinión que comparto con ustedes, creo, es importante desde dos puntos de vista: primero, desde el punto de vista del refuerzo de la necesidad de una normativa reguladora de los contratos de colaboración público privada; y segundo, desde el punto de vista de la absoluta negativa de la consideración o equiparación de estos contratos a las concesiones.

Fíjense ustedes las consecuencias que tiene esta afirmación, este pronunciamiento doctrinal, en la interpretación del debate constitucional de si debe haber o no una autorización del poder legislativo por exigencia constitucional. Otra cosa es lo que el legislativo paraguayano soberanamente acuerde, pero que constitucionalmente esto se pueda equiparar a las concesiones desde mi punto de vista sería forzar el concepto de concesión y desnaturalizar el sentido y el concepto de las colaboraciones público privadas, pero voy mucho más allá porque hay otro debate importante, mas allá de las cuestiones formales.

Verán que no eludo compartir un punto de vista sobre las cuestiones más delicadas, en mi exposición de la naturaleza concesional de los contratos de colaboración público privadas, sobre las consecuencias jurídicas, les he dicho y no se les escape este detalle, aunque habría otras muchas razones para diferenciar el régimen jurídico de estos contratos de los de las concesiones, siendo por supuesto contratos administrativos y estando así regulados en la ley paraguaya que enuncia expresamente las clásicas prerrogativas contractuales de la administración, el *ius variandi*, la resolución unilateral. Todo eso es un contrato de naturaleza administrativa pero no es una concesión, pero he dicho que la razón de ser es incorporar un margen de adaptabilidad a las

circunstancias en operaciones de largo plazo que es desconocido y prácticamente inverosímil en el régimen concesional. Entonces la flexibilidad y la capacidad de adaptación a variaciones de circunstancias es una de las grandes ventajas del contrato de colaboración público privada, lo que significa que no estamos ante un acto administrativo que se dé en un momento o un acto del poder público que se dé en un momento y cuyo marco elemental permanezca básicamente inalterado en el tiempo, sino que estamos ante una relación jurídica que va evolucionando en el tiempo.

Mi pregunta es ¿si a lo largo del desarrollo de esa relación jurídica va a ser preciso tomar sucesivas decisiones de adaptación de las condiciones de la relación a las variaciones circunstanciales, es decir, lo que se apruebe hoy va tener que ser modificado a lo largo del tiempo en varias ocasiones; la autorización que diera un poder del Estado, ya fuera el ejecutivo como actualmente plantea en la redacción original del 52 de la ley paraguaya o el legislativo si prosperara la propuesta aprobada hoy por el Senado, esa autorización tiene que reproducirse en cada una de las variaciones ulteriores?

Pero claro, quien apruebe, aprobara unas condiciones determinadas, pero resulta un tanto contradictorio que primero apruebe un poder del Estado y después otro, porque no vamos a reproducir pronunciamientos legislativos sucesivos en el tiempo, ante la variación de circunstancias y en ejercicio del *ius variandi*. Así, en el hipotético escenario de requerirse la aprobación legislativa, todo lo que aprobó el Senado, todo lo que aprobó el Congreso, lo tiene que modificar el mismo órgano, porque las circunstancias de ejecución del proyecto perfectamente legitimadas y establecidas en el marco normativo lo requieren.

De lo contrario, habría una suerte de contradicción entre la atribución de la potestad de aprobación del proyecto a un Poder y la localización de una serie de facultades de adaptación de las condiciones de negocio a otro Poder que necesaria e inevitablemente tiene que ser el poder Ejecutivo. Lo que quiero significar, resumiendo la idea y abriendo un debate que no he visto en la discusión jurídica en torno a la modificación del 52 de la ley, es que no hay (en mi opinión) una razón constitucional para localizar en el legislativo la aprobación de los contratos de colaboración público privadas, pero nada objetaría tampoco que estos fueran santificados por el legislador. Probablemente un inversor prefiere tener todos los parabienes, los del Ejecutivo y los del legislador.

Pero, en realidad, lo malo de esta situación es que genera confusión y esta confusión coloca al inversor internacional ante la deletérea incertidumbre. Nada tendría de malo que, por ejemplo, el Congreso declarara que los proyectos puntuales planteados por el Ejecutivo fueran de interés general. Eso ocurre en muchos derechos públicos y reforzaría sus proyectos, pero la pregunta es, si el acto del Congreso es un acto de autorización, ¿condiciona toda la capacidad de adaptación y flexibilidad ulterior de ejecución del proyecto? ¿Las condiciones autorizadas por el Congreso vinculan después a la ejecución del negocio? Porque entonces, si lo interpretáramos de ese

modo, directamente nos cargamos, anulamos, suprimimos toda la capacidad de flexibilidad y de adaptabilidad propia de este instrumento jurídico.

Es decir, en mi opinión, concluyo y podría dejar apuntados otros aspectos que necesitan retoques de la ley paraguaya como la regulación del fideicomiso público, los procedimientos de selección de contratistas, allí hay muchos detalles que habría que mejorar en la regulación de los pliegos, los que también han sido objeto de debate, pero creo que el punto más delicado y el que más se ha debatido y el que merece un pronunciamiento más claro es este del debate entre los poderes. La reforma del 52 de la ley no solo introduce un elemento de discusión constitucional entre poderes del Estado, plantea un cuestionamiento general sobre la naturaleza de esta institución.

El legislativo paraguayo, el Senado paraguayo ha tratado los convenios de colaboración público privadas como si fueran concesiones y concesiones ya tenía el Derecho paraguayo. Si van a tratar esto como si fueran concesiones, utilicen las concesiones; pero para eso recorrer el camino de aprobar una ley de colaboración público privada no tiene ningún sentido. Si van a utilizar esta figura porque presenta oportunidades para el Paraguay, utilícenla conforme a su naturaleza y su naturaleza es incompatible con una atribución de facultades de decisión sobre cada uno de los detalles del proyecto a lo largo del tiempo a un poder que no sea el poder Ejecutivo.





LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA  
EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO  
LA POSICIÓN JURÍDICA DEL CIUDADANO

Augusto Durán Martínez





## LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO LA POSICIÓN JURÍDICA DEL CIUDADANO

Augusto Durán Martínez<sup>1</sup>

**SUMARIO:** 1. Precisiones Liminares; 2. Sistemas de Contencioso-Administrativo; 3. Objeto del Contencioso Administrativo Anulatorio; 4. Causales de nulidad; 5. Requisitos de Admisibilidad de la Acción Anulatoria; 6. Procedimiento; 7. La sentencia; 8. Relación entre la Acción Anulatoria y la Reparatoria; 9. Apreciaciones finales; 10. Bibliografía.

### I. Precisiones Liminares

El tema que se nos ha sugerido requiere algunas precisiones liminares.

Pese a la generalidad del título, estimo que debo encararlo desde la perspectiva del derecho uruguayo. Lo haré con especial énfasis en el contencioso-administrativo de anulación de actos administrativos.

El término *Estado Democrático de Derecho* es frecuentemente usado luego de la superación del *Estado Liberal de Derecho*, ya en un marco de *Estado Social de Derecho*. Pero luego de la aparición del neoconstitucionalismo, el término más frecuente para caracterizar el modelo de Estado actual es el de *Estado Constitucional de Derecho*,<sup>2</sup> a fin de poner el énfasis en el superior valor y fuerza de la Constitución con relación a la ley que incluye, naturalmente, la condición de democrático.

El neoconstitucionalismo y el modelo de Estado por él impulsado procuran, ante todo, la mayor salvaguarda de los derechos humanos. Por eso es que, al advertir la insuficiencia de la Constitución para esos fines, se acuñó el concepto de *bloqueo de constitucionalidad* y cobra especial importancia el llamado control de convencionalidad.<sup>3</sup> En consecuencia, el término *Estado Constitucional de Derecho*

<sup>1</sup> Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, título expedido por la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Diploma de Derecho Público expedido por el Instituto Internacional de Administración Pública (París. República Francesa). Catedrático de Derecho Público II y III (Derecho Administrativo y Derecho Procesal Constitucional respectivamente) en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República.

Catedrático de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay “Dámaso Antonio Larrañaga”.

Catedrático de Derecho Público en el Instituto Universitario Politécnico del Uruguay.

Catedrático de Procesos Constitucionales en la Facultad de Derecho del Instituto Universitario CLAEH.

Director del Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay “Dámaso Antonio Larrañaga”.

Decano Emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay “Dámaso Antonio Larrañaga”.

Miembro del Instituto de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República y de numerosas asociaciones nacionales e internacionales en materia de derecho Administrativo.

<sup>2</sup> DURÁN MARTÍNEZ, A., “En torno al neoconstitucionalismo”, en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo*. LA LEY Uruguay. Buenos Aires, 2012, p. 9.

<sup>3</sup> DURÁN MARTÍNEZ, A., “El control de convencionalidad y el derecho público interno”, en *La Justicia Uruguaya*. Montevideo, 2014, t. 149, pp. D. 24 y ss.

comienza a resultar insuficiente y ya se empieza a sugerir una nueva terminología: *Estado Convencional de Derecho*.

Como esta terminología no está generalizada, continúo con la mayormente aceptada de *Estado Constitucional de Derecho*, aun admitiendo el supervalor de los derechos humanos y algunos aspectos del control de convencionalidad procurado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Conforme a lo expresado, referiré a la jurisdicción contencioso-administrativa en Uruguay con especial énfasis en el contencioso anulatorio desde la perspectiva del *Estado Constitucional de Derecho*, tomando este término con la salvedad precedentemente indicada.

Una última precisión se impone: el título del tema adjudicado hace especial referencia a la posición jurídica del ciudadano.

Considero que en este contexto no debemos de hablar de *ciudadano*. La ciudadanía, que luego de la Revolución Francesa había operado como un factor de igualdad e inclusión a fin de anular las diferencias por nacimiento, como bien advierte FERRAJOLI, se ha transformado a medida que se incrementa la emigración de los países subdesarrollados a los más desarrollados en un factor de exclusión y de discriminación.<sup>4</sup>

La ciudadanía es relevante para el ejercicio de ciertos derechos políticos, pero no para movilizar la jurisdicción contencioso-administrativa. A estos efectos, lo relevante es la persona. El derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho que tiene toda persona por su sola condición de tal, sin que interese al respecto la ciudadanía.

GONZÁLEZ PÉREZ decía que “el derecho a la tutela jurisdiccional es el derecho de toda persona a que se le ‘haga justicia’; a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso, con unas garantías mínimas.”<sup>5</sup>

También, con gran precisión, indica el contenido de este derecho. Como aproximación al tema nos dice que “el derecho a la tutela jurisdiccional despliega sus efectos en tres momentos distintos: primero, en el acceso a la Justicia; segundo, una vez en ella, que sea posible la defensa y obtener solución en un plazo razonable, y tercero, una vez dictada sentencia, la plena efectividad de sus pronunciamientos. Acceso a la jurisdicción, proceso debido y eficacia en la sentencia.”<sup>6</sup>

La proyección del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva sobre el acceso a la

4 FERRAJOLI, L., *Razones jurídicas del pacifismo*. Editorial Trotta. Madrid, 2004, pp. 126 y ss.

5 GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El derecho a la tutela jurisdiccional*. 2ª edición. Civitas. Madrid, 1989, p. 27.

6 GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El derecho a la tutela...*, pp. 43 y ss.

jurisdicción, proceso debido y eficacia en la sentencia, lleva a una aplicación de un sistema concebido en su esencia en 1952 distinta de la efectuada en sus orígenes, pese a que sus textos normativos no han tenido cambios sustanciales. Desde esta perspectiva encararé nuestro tema.

## **2. Sistemas de Contencioso-Administrativo**

Como se sabe, en el ámbito de los contenciosos de derecho público existen dos grandes sistemas: a) el llamado judicialista o de unidad de jurisdicción, de origen británico, que asigna todos esos contenciosos al Poder Judicial; b) el de la dualidad de jurisdicción, de origen francés, que distingue la jurisdicción judicial y la jurisdicción administrativa a cargo de tribunales de la Administración que entienden en todos los contenciosos de derecho público.

Entre ambos sistemas existen diversas combinaciones. Están los llamados *sistemas mixtos* porque parte de los contenciosos de derecho público se desarrollan en el ámbito de la jurisdicción judicial y otra parte en el ámbito de la jurisdicción administrativa y otros *sistemas híbridos* que admiten otras modalidades, por lo que no coinciden con los modelos indicados.

Nuestra primera Constitución escrita, codificada y rígida, la de 1830, adoptó un sistema judicialista. Pero luego, sobre todo a partir de la Constitución de 1952, recibimos una fuerte influencia francesa con la creación del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Este tribunal, al cual se le asigna competencia exclusiva en materia de contencioso de anulación de actos administrativos y en el contencioso interadministrativo e intraorgánico fundado en la legislación, creado a imagen y semejanza de la Suprema Corte de Justicia, es un órgano independiente del Poder Judicial y del Poder Ejecutivo y de la misma posición institucional que ellos y los otros Poderes u órganos equivalentes, del Estado.

El resto de los contenciosos administrativos corresponde al Poder Judicial.

Por eso nuestro sistema es de base judicialista, pero al que se le ha insertado un componente de origen francés en lo que refiere a la competencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo indicada, lo que explica una serie de problemas que, en definitiva, perjudican al usuario de la Administración de Justicia.

## **3. Objeto del Contencioso Administrativo Anulatorio**

El objeto del contencioso administrativo anulatorio es la pretensión de anulación de un acto administrativo (artículo 309 de la Constitución).

Entendemos por *acto administrativo* toda declaración de voluntad de la administración destinada a producir efectos jurídicos.<sup>7</sup>

La Constitución refiere a actos administrativos en términos tan amplios que no admite excluir de la impugnación a ninguno de ellos, salvo disposición expresa del propio texto constitucional como ocurre en los casos de los artículos 175 y 198 de la Constitución.

Por eso se ha discutido mucho acerca de la recepción, en nuestro derecho, de la categoría del acto de gobierno, como acto excluido de la acción de nulidad.

La doctrina está profundamente dividida.<sup>8</sup> Un importante sector rechaza la exclusión del acto de gobierno al no estar expresamente prevista esta exclusión en la Constitución. Otros en cambio lo admiten, admitiendo la distinción que varios artículos constitucionales efectúan con relación a los actos de administración y de gobierno (arts. 147 y 160) a la actividad de gobierno y de administración (art. 77, numeral 4 y artículo 262 y *nomen juris* de la Sección XVI). Y en particular MARTINS hace especial hincapié en que el artículo 309 refiere a actos de la Administración, por lo que se entiende que son aquellos dictados en ejercicio de la función administrativa y no de la función de gobierno.<sup>9</sup>

Lo cierto es que la ley ha excluido a los actos de gobierno de la acción de nulidad (artículo 26 del decreto-ley N° 15.524, de 9 de enero de 1984, tal como quedó luego del artículo 1 de la ley N° 15.869, de 22 de junio de 1987). Pero esa ley no fue declarada inconstitucional.

No obstante, corresponde un nuevo abordaje del tema a la luz del nuevo modelo de Estado que lleva a un enfoque del Derecho desde los derechos humanos, en el caso, desde el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

Una de las proyecciones del derecho a la tutela judicial efectiva es con relación al acceso a la jurisdicción. Y esto supone, entre otras cosas, que no se excluya el conocimiento de las pretensiones en razón de su fundamento.<sup>10</sup>

Con este enfoque es ineludible descartar la exclusión del acto de gobierno de la acción de nulidad. La doctrina más actual se orienta en este sentido.<sup>11</sup>

7 DURÁN MARTÍNEZ, A., *Contencioso Administrativo*. 2ª edición actualizada y ampliada. F.C.U. Montevideo, 2015, p. 37

8 DURÁN MARTÍNEZ, A., *Contencioso...*, pp. 52 y ss.

9 MARTINS, D.H., *El Gobierno y la Administración de los Departamentos*. Segunda edición corregida y ampliada. Montevideo, 2006, t. II, p. 28.

10 GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El derecho a la tutela...*, p. 48.

11 GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lucha contra las inmunidades del poder*. Editorial Civitas S.A. Madrid, 1995, p. 97; MEJÍA, H.A., *Manual de Derecho Administrativo*. Editorial Cuscatleca San Salvador, 2014, p. 341; JINESTA LOBO, E., "Principio general de la justiciabilidad plenaria y universal de la conducta administrativa", en BREWER-CARÍAS, A.R./ PAREJO ALFONSO, L./ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, L. (Coordinadores). *La protección de los derechos frente al poder*

Una nueva lectura del artículo 309 de la Constitución desde el bloque de constitucionalidad conduce a otra interpretación de dicho artículo que, como consecuencia de ella, lleva a concluir en la inconstitucionalidad de lo que queda vigente del artículo 26 del decreto-ley N° 15.524, en cuanto deja subsistente la exclusión del acto de gobierno de la acción anulatoria.

#### 4. Causales de nulidad

Nuestro contencioso anulatorio es un contencioso de legitimidad, no de mérito.

El artículo 309 de la Constitución, al referirse a las causales de nulidad, menciona la violación de la regla de derecho y la desviación de poder.

El artículo 23 del decreto-ley N° 15.524 menciona, además como causales el abuso y exceso de poder.

El artículo 311 de la Constitución, al regular los efectos de la sentencia, indica la posibilidad de una anulación por razones de buena administración, con lo que tenemos aquí una causal de nulidad más expresamente señalada por el derecho positivo.

El artículo 23 literal a) del decreto-ley N° 15.524 considera regla de derecho todo principio de derecho o norma constitucional, legislativa, reglamentaria o contractual.

Con este concepto, queda claro que todas las demás causales mencionadas quedan subsumidas en la violación de la regla de derecho.

De todas maneras, su mención a texto expreso despeja toda duda al respecto y facilita una jurisprudencia acorde al Estado Constitucional de Derecho.

La noción de desviación de poder está tomada del derecho francés, más concretamente del fallo PARISSET del Consejo de Estado francés, de 26 de noviembre de 1875. Existe desviación de poder cuando la Administración emplea sus poderes con un fin distinto de aquel para el cual le han sido conferidos.<sup>12</sup>

Los términos *abuso* y *exceso de poder* han sido más polémicos.

He considerado que hay exceso de poder cuando la Administración dicta un acto cuando carece de los poderes requeridos.<sup>13</sup> He entendido que hay abuso de poder

---

*de la Administración. Libro homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*. Temis. AIDA. Tirant lo Blanch. Editorial Jurídica Venezolana. Bogotá, 2014, p. 629; DURÁN MARTÍNEZ, A., *Contencioso...*, p. 63.

12 DURÁN MARTÍNEZ, A., *Contencioso...*, pp. 282 y ss. y 559.

13 DURÁN MARTÍNEZ, A., *Contencioso...*, pp. 284 y ss. y 286.

cuando no existe una proporcionalidad o razonable adecuación entre los motivos y el contenido del acto o entre el contenido y el fin.<sup>14</sup>

La buena administración ha tenido una evolución muy interesante en nuestro derecho.

Primero se la consideró en la zona del mérito, pero luego migró a la de legitimidad. Fue considerada al principio como un deber, luego también como un derecho y un principio.<sup>15</sup>

Para esta evolución ha influido mucho el artículo 41 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, que recoge el derecho fundamental a la buena administración.

Este moderno desarrollo ha sido plenamente recogido en la Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública, aprobada por el CLAD en 2013.

Por mi parte, siguiendo los lineamientos de FREITAS,<sup>16</sup> expresé que la buena administración significa elegir los instrumentos adecuados para la consecución del fin debido, obtener los resultados procurados con el menor costo posible, no efectuar trámites inútiles, hacer un buen uso del tiempo pero también actuar con transparencia, con probidad; significa asimismo que los servicios públicos funcionen correctamente acorde a las necesidades reales del hombre de hoy, que los requerimientos de los administrados sean atendidos como corresponde y que todas las actuaciones administrativas sean seguidas cumpliendo con todas las garantías.<sup>17</sup> Posteriormente, he entendido que en este concepto de buena administración queda comprendido el desarrollo sostenible.<sup>18</sup>

## **5. Requisitos de Admisibilidad de la Acción Anulatoria**

En materia de requisitos de admisibilidad de la acción de nulidad, nuestro país siguió una postura bastante tradicional.

Previó requisitos relativos al actor, al acto objeto de impugnación y un plazo de caducidad para deducir la acción.<sup>19</sup>

Todos esos requisitos son hoy objetados por la doctrina más avanzada a la luz del derecho a la tutela judicial efectiva, por obstaculizar el acceso a la jurisdicción.<sup>20</sup>

14 DURÁN MARTÍNEZ, A., *Contencioso...*, pp. 285 y ss.

15 DURÁN MARTÍNEZ, A., *Contencioso...*, pp. 286 y ss.

16 FREITAS J., *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. Malheiros Editores. São Paulo, 2009, pp. 30 y ss.

17 DURÁN MARTÍNEZ, A., “La buena administración”, en *Neoconstitucionalismo y...*, p. 175.

18 DURÁN MARTÍNEZ, A., “Desarrollo sostenible y derecho administrativo”, en *Interesse Público. Revista Bimestral de Direito Público*. Editora Fórum. Belo Horizonte, 2013, N° 80, pp. 206 y ss.

19 DURÁN MARTÍNEZ, A., *Contencioso...*, pp. 93 y ss.

20 DURÁN MARTÍNEZ, A., *Contencioso...*, p. 95.



Con relación al actor el artículo 309 de la Constitución como legitimación activa, exigió ser titular de un derecho o de un interés directo, personal y legítimo, violado o lesionado por el acto impugnado.

Los mayores problemas lo plantean los términos *directo* y *personal*, que se agregan al interés legítimo.

En general se ha entendido que *personal* refiere al sujeto impidiendo accionar en interés de otro o de un colectivo y *directo* significa inmediato, lo que descarta lo eventual o futuro.<sup>21</sup>

Así entendidos estos términos, se llegó a una jurisprudencia muy restrictiva que provocó muchos rechazos de acciones de nulidad sin análisis del fondo.

Lo expuesto llevó a la desprotección de los intereses difusos y a la afectación de situaciones futuras pero comprendidas inequívocamente en el acto impugnado.

Cuando se comprendió que los intereses difusos no son incompatibles con los derechos subjetivos e intereses legítimos, se flexibilizó la jurisprudencia al respecto. Y también esto ocurrió cuando se advirtió que no se requiere la existencia concreta de la lesión para acreditar la legitimación.<sup>22</sup> Como bien se ha dicho, “la lesión concreta no define en ningún caso la legitimación. Lo que se requiere para estar legitimado en sede contencioso-anulatoria es probar, no la lesión efectiva sino la potencialidad lesiva. Además, la lesión a la que alude la Carta es una lesión en el plano jurídico, no material, por ende, es posible contender contra actos aun antes de que estos se hayan aplicado efectivamente (como sucede por ejemplo con los reglamentos).”<sup>23</sup>

Una lectura de nuestra Constitución desde el bloque de constitucionalidad nos lleva a una interpretación evolutiva y a admitir acciones que en otros tiempos se rechazaban.

El requisito de admisibilidad exigido con relación al acto es el agotamiento de la vía administrativa.

El acto administrativo susceptible de la acción de nulidad es el acto debido y acto definitivo es aquel respecto del cual se agotó la vía administrativa con la interposición en tiempo y forma de los recursos administrativos correspondientes y su resolución

---

21 DURÁN MARTÍNEZ, A., *Contencioso...*, pp. 108 y ss.

22 DURÁN MARTÍNEZ, A., *Contencioso...*, pp. 110 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, A., “La tutela jurisdiccional efectiva y el contencioso administrativo de anulación en Uruguay”, en *Estudios Jurídicos*. Facultad de Derecho. Universidad Católica del Uruguay. Montevideo, 2014, N° 13, pp. 119 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, A., “Formalismo o antiformalismo en el contencioso administrativo”, en *Revista de Derecho*. Facultad de Derecho-Universidad Católica del Uruguay. Montevideo, 2014, N° 10, pp. 69 y ss.; TOBÍA FERNÁNDEZ, J.P./PATRITTI ISASI, M./ GÓMEZ LEIZA, J. “Panorama institucional actual del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de la República Oriental del Uruguay”, en *CADE Doctrina & Jurisprudencia*. Montevideo, febrero 2015, t. XXX, pp. 86 y ss.

23 TOBÍA FERNÁNDEZ, J.P./ PATRITTI ISASI, M./ GÓMEZ LEIZA, J. “Panorama institucional...”, loc. cit., p. 89.

expresa o ficta (arts. 309 y 319 de la Constitución y artículo 24 del decreto-ley N° 15.524).<sup>24</sup>

El agotamiento de la vía administrativa no tiene historia en el Uruguay.

Nuestro contencioso anulatorio se inspiró en el contencioso administrativo francés, de ahí su marcado carácter revisor. Pero no fue de ahí que extrajo el agotamiento de la vía administrativa, ya que en Francia no existe.

El agotamiento de la vía administrativa estaba previsto en la ley española del siglo XIX llamada de SANTAMARÍA DE PAREDES, pero que no influyó en nuestro sistema.

Tampoco influyó el proyecto de ley de Luis VARELA.

VARELA fue contrario al agotamiento de la vía administrativa. Expresamente combatió el sistema español que exigía que la decisión a impugnar *cause estado*, es decir que la Administración hubiera pronunciado su *última palabra* lo que, para que así fuera, era preciso haber *apurado la vía gubernativa*, como se decía. Y expresamente elogió el régimen francés que no exigía tal formalidad sino que los recursos administrativos, en principio, eran optativos.<sup>25</sup>

Sin embargo, en su proyecto no recogió exactamente el sistema francés.

Su artículo 78 establecía:

“El recurso judicial podrá establecerse en todos los casos a menos de existir prohibición legislativa expresa, o de que la parte agraviada hubiese optado por la reclamación en la vía administrativa jerárquica, y hubiese vencido el término para el recurso en lo judicial.”<sup>26</sup>

Comentando este artículo, VARELA indicó que en las legislaciones positivas hay tres sistemas: a) el español, que exige el previo agotamiento de la vía administrativa; b) el francés, que no lo exige, prevé los recursos administrativos con carácter voluntario; c) el italiano, que establece que si se opta por la vía administrativa no se puede entablar la jurisdiccional. Incluso, señala un cuarto sistema según el cual, procediendo el recurso judicial, no podría optarse por el administrativo.<sup>27</sup>

24 DURÁN MARTÍNEZ, A., *Contencioso...*, pp. 131 y ss. y 152 y ss.

25 VARELA, L., *Estudios de Derecho Administrativo, t. I. De lo Contencioso Administrativo. Doctrina General*. Turenne, Varzi, Cía. Editores. Montevideo, 1901, pp. 258 y ss.

26 VARELA, L., *Estudios de Derecho Administrativo. De lo Contencioso Administrativo, t. II. Ensayo de un Código sobre la materia*. Turenne, Varzi, Cía. Editores. Montevideo, 1906, p. 123.

27 VARELA, L., *Estudios de Derecho...*, t. II, pp. 123 y ss.

Descarta de pleno el último por considerar que no habría equidad en prohibir la vía administrativa cuando el interesado lo creyere preferible.

Descarta también el español por considerarlo innecesario, gravoso y perjudicial.

Considera más aceptable que éste el francés, pero señala algunos inconvenientes porque entiende que puede alargar los procesos, por lo que estima más acertado seguir la legislación italiana que considera más apta para resolver la cuestión en menos tiempo.<sup>28</sup>

Por el artículo 79 se establece que si se hubiese optado por la vía judicial se podrá luego acudir a la vía administrativa, aun cuando en la primera hubiese sido desestimada su reclamación.<sup>29</sup>

Y por el artículo 80 establece que el recurso judicial y el administrativo se podrán presentar simultáneamente. Aclara que si bien el artículo 78 prohíbe la interposición del recurso judicial después del agotamiento de la vía administrativa, nada se opone a que los dos recursos sean presentados a la vez.<sup>30</sup>

Sin embargo, el artículo 81 presenta una atenuación en el régimen explicado. En efecto, este artículo establece:

“Cuando las providencias de que hubiese de reclamarse judicialmente hubiesen sido dictadas de oficio, deberá solicitarse previamente su revocación ante la misma autoridad que las hubiese dictado.

Ese requisito no será necesario cuando se tratare de providencias recaídas en expediente seguido por la parte.”<sup>31</sup>

Como se percibe, con relación a actos dictados como consecuencia de un procedimiento iniciado de oficio se prevé un pedido de revocación previo a la instancia judicial. No es un agotamiento de la vía administrativa porque no se exige un recurso jerárquico, aun cuando el órgano que haya dictado el acto esté sometido a jerarquía. Con este sistema, dice, se obtiene el propósito del agotamiento previo de la vía administrativa sin sus inconvenientes.<sup>32</sup>

No influyó en nuestra solución adoptada en 1952 el proyecto de ley de VARELA, no solo porque su solución era distinta sino también porque nunca fue considerado. A decir verdad, VARELA en Uruguay fue injustamente ignorado; por lo menos, olvidado.

28 VARELA, L., *Estudios de Derecho...*, t. II, p. 124.

29 VARELA, L., *Estudios de Derecho...*, t. II, p. 125.

30 VARELA, L., *Estudios de Derecho...*, t. II, p. 126.

31 VARELA, L., *Estudios de Derecho...*, t. II, p. 127.

32 VARELA, L., *Estudios de Derecho...*, t. II, p. 127.

Gonzalo AGUIRRE RAMÍREZ, en una conferencia que pronunció en la sede del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, aún inédita pero que presencié, explicó muy bien el origen de nuestro agotamiento de la vía administrativa.

Recordó que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo estaba previsto en la Constitución de 1934, pero no era creado por el texto constitucional sino que éste cometía su creación a la ley. Como esa ley nunca se dictó, el tema se reglamentó en oportunidad de la elaboración de la Constitución de 1952, producto de un acuerdo político entre el Partido Nacional y el Partido Colorado.

El Partido Nacional, que en ese período estuvo en la oposición, pretendía la creación directa del Tribunal de lo Contencioso Administrativo por la Constitución. El Partido Colorado, que en ese período estuvo siempre en el gobierno, defendía la posición entonces vigente, es decir, cometer la creación del Tribunal a la ley. Como ocurre a menudo, la solución surge en una transacción: se creó el Tribunal directamente por la Constitución y se exigió el previo agotamiento de la vía administrativa para atemperar el impacto que significarían las acciones jurisdiccionales directas.

Pese a ese origen sin raíces y hasta diría casual, el agotamiento de la vía administrativa caló muy hondo en Uruguay. Fue una semilla que germinó en un campo propicio, puesto que cayó en el apogeo del Estado de Bienestar que conformó una mentalidad profundamente estatista, especialmente favorecida por el marcado carácter revisor de nuestro sistema, tomado, sí, del contencioso francés.

En su momento, opiniones doctrinarias de prestigio intentaron justificar el agotamiento de la vía administrativa.

En tal sentido COUTURE, en 1954, en una nota de jurisprudencia manifestó: “El agotamiento de la vía administrativa se inspira en un principio de economía procesal. Este exige obtener el máximo de rendimiento con el mínimo de esfuerzo. Si la Administración, con sus propios medios, puede reparar el error que ha cometido uno de sus órganos, no existe motivo para hacer intervenir a la jurisdicción y generar una responsabilidad que aún puede evitarse.”<sup>33</sup>

Esa afirmación de COUTURE no tuvo en cuenta, por cierto, la causa eficiente próxima del agotamiento de la vía administrativa. Como se acaba de ver, ella fue el peaje que se tuvo que pagar para que se pudiera crear el Tribunal de lo Contencioso Administrativo directamente por el texto constitucional, ante la negativa del Partido Colorado.

Por otra parte, esa afirmación solo se explica porque a la fecha en que fue emitida

---

33 COUTURE, E.J., “El agotamiento de la vía administrativa como presupuesto procesal”, en *La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*. Montevideo, año 1954, t. 52, p. 258.

COUTURE opinó prácticamente sin ver la actitud de la Administración ante los recursos administrativos. No pudo apreciar, así, cuál es la realidad de la práctica administrativa en la materia luego de más de medio siglo de vigencia de la norma que impuso el previo agotamiento de la vía administrativa como requisito de admisibilidad de la acción de nulidad. COUTURE razonó en función del *deber ser*, pero el *ser* resultó muy distinto.

En verdad, en Uruguay, la Administración casi nunca hace lugar a los recursos; ante un recurso, en general, la Administración se siente agredida y se defiende.

Por eso, como decía CAJARVILLE PELUFFO, los recursos administrativos así encarados no son una verdadera garantía; son un desmedido privilegio para la Administración, ya que para lo único que sirven es para dilatar el acceso a la instancia jurisdiccional, que es la verdadera garantía.<sup>34</sup>

También este tema debe ser objeto de revisión a la luz del derecho a la tutela judicial efectiva, en su proyección sobre el acceso al proceso.

Como bien ha observado CASSAGNE, “la tutela judicial efectiva apunta a la eliminación de las trabas que obstaculizan el acceso al proceso, tanto como a impedir que, como consecuencia de los formalismos procesales, queden ámbitos de la actividad administrativa inmunes al control judicial y, por último tiende a asegurar el ejercicio pleno de la jurisdicción.”<sup>35</sup>

En este sentido aparece el principio de accesibilidad que, si bien no sirve para amparar indiscriminadamente cualquier tipo de pretensión, sirve para interpretaciones más amplias tendientes a garantizar que el acceso a la jurisdicción no se vea impedido por limitaciones irracionales. Ese principio lleva al de *in dubio pro accione* y a descartar lo que cierta jurisprudencia argentina ha denominado *ritualismos inútiles*.<sup>36</sup>

En Costa Rica, la Suprema Corte de Justicia, por sentencia de la Sala Constitucional N° 03669-2006, de 15 de marzo de 2006,<sup>37</sup> dictada en mayoría, declaró inconstitucional la ley de ese país en cuanto impuso el previo agotamiento de la vía administrativa en forma preceptiva, por violación al derecho a la tutela judicial efectiva y por violación del principio de igualdad al provocar un proceso asimétrico en el que a una de las

34 CAJARVILLE PELUFFO, J.P., *Recursos administrativos*. F.C.U. Montevideo, 1987, pp. 8 y 102; DURÁN MARTÍNEZ, A., *Contencioso...*, p. 242.

35 CASSAGNE, J.C., “La tutela judicial efectiva”, en CASSAGNE J.C. (Director). *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*. LA LEY. Buenos Aires, 2007, t. I, p. 97.

36 VERAMENDI, E.D., “Los principios generales del proceso administrativo”, en TAWIL, G.S. (Director) *Derecho Procesal Administrativo*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2011, p. 54; CAPALBO, S., “El derecho a la tutela judicial efectiva”, en TAWIL, G.S. (Director) *Derecho Procesal...*, pp. 109 y ss.; LAUHIRAT, S., “Algunos aspectos del proceso contencioso administrativo a la luz de la Convención Americana de Derechos Humanos”, en TAWIL, G.S. (Director) *Derecho Procesal...*, pp. 124 y ss.; CASSAGNE, J.C., “La tutela judicial...”, loc. cit., p. 108.

37 *Estudios de Derecho Administrativo*. LA LEY Uruguay, 2011, N° 3, pp. 655 y ss.

partes se le otorgan privilegios o prerrogativas que no obedecen a motivos objetivos y razonables.<sup>38</sup>

Bien acota JINESTA LOBO al justificar esta sentencia, precisamente por él redactada, que los principios constitucionales rectores de la organización y actuación administrativa de la eficiencia y eficacia administrativas plasmadas en la Constitución, están subordinados a los derechos fundamentales y deben ceder ante estos, puesto que constituyen el fundamento del entero ordenamiento jurídico.<sup>39</sup>

Y, a mayor abundamiento expresó:

“En tal sentido, los artículos 41 y 49 de la Constitución Política le confieren a los administrados el derecho a una justicia administrativa pronta y cumplida. Desde luego, que el acceso a la tutela judicial solo puede tener tales connotaciones si se le permite al administrado acudir a ésta directamente. El carácter vinculante de la vía administrativa previa provoca un sensible atraso y un obstáculo para acceder las instancias judiciales lo que puede producir, a la postre, una denegación de justicia. La vía administrativa previa prolonga, de forma inconveniente, el acceso a la tutela judicial efectiva, por cuanto, entre la adopción de la conducta administrativa y su impugnación en vía judicial existe un lapso considerable representado por la necesidad de interponer y agotar los recursos administrativos al que hay que adicionar, desde luego, la lentitud fisiológica y patológica del proceso contencioso administrativo lo que puede dar al traste con las situaciones jurídicas sustanciales aducidas por el administrado y provocar el dictado de sentencias inútiles.

Evidentemente, el agotamiento de la vía administrativa constituye una pesada carga para el administrado que lo puede forzar a aceptar, con la desnaturalización consecuente de la jurisdicción contencioso-administrativa, las condiciones excesivas y abusivas que impone la Administración Pública.”<sup>40</sup>

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos parece orientarse en este sentido cuando en informe N° 105/99 recaído en el caso *Palacios, Narciso con Argentina* (N° 10.194), sostuvo que la exigencia de un recurso de revocatoria contra un acto administrativo cuando la máxima autoridad administrativa había resuelto el fondo del asunto, conculca el derecho a la tutela judicial efectiva y al debido proceso, garantizado por los artículos 8 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica.<sup>41</sup>

CASSAGNE y BOTASSI destacan la importancia de esta opinión de la Comisión

38 JINESTA LOBO, E., “Inconstitucionalidad del agotamiento preceptivo de la vía administrativa: la vaciedad de su carácter facultativo”, en *Estudios de Derecho Público*. LA LEY Uruguay, 2011, N° 3, pp. 164 y ss.

39 JINESTA LOBO, E., “Inconstitucionalidad del agotamiento...”, loc. cit., pp. 164 y ss.

40 JINESTA LOBO, E., “Inconstitucionalidad del agotamiento...”, loc. cit., p. 165.

41 CASSAGNE, J.C., “La tutela judicial efectiva y el agotamiento de la instancia administrativa”, en RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J./BELARMINO JAIME, J./SENDÍN GARCÍA, M.A./MEJÍA, H.A./CARDOZA AYALA, M., A. (Comité editorial), *Congreso Internacional de Derecho Administrativo*. Corte Suprema de Justicia. San Salvador, 2011, p. 28.

Interamericana de Derechos Humanos y hasta hablan –por lo menos el primero de ellos– de un nuevo paradigma al respecto.<sup>42</sup>

En general la doctrina más actual rechaza el previo agotamiento de la vía administrativa como requisito de admisibilidad de la acción.<sup>43</sup> Pero no todos admiten su ilegitimidad.<sup>44</sup> CASSAGNE ha expresado, a mi juicio con razón, que el previo agotamiento de la vía administrativa impuesto preceptivamente y, en general, el dogma revisor, resulta incompatible con el derecho a la tutela judicial efectiva.<sup>45</sup>

En este estado, si llegamos a la conclusión de que el derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho humano, se encuentra en la cúspide del bloque de constitucionalidad, por lo cual se impone hasta el constituyente.

De esta manera, el precepto de interpretación conforme al bloque de constitucionalidad resulta decisivo para encarar la cuestión del agotamiento de la vía administrativa.

Si concluimos que el previo agotamiento de la vía administrativa viola el derecho a la tutela judicial efectiva, como se ha dicho, colide con el bloque de constitucionalidad. Por tal razón, la norma constitucional que desconozca el bloque es ilegítima, y al no existir un sistema concentrado de control jurisdiccional de legitimidad de la Constitución, en lo interno, cualquier operador jurídico podría desaplicar la norma jurídica y aplicar directamente el principio.<sup>46</sup> No hay que olvidar que en materia de derechos humanos, en virtud de la directriz de preferencia, prevalece la norma más favorable<sup>47</sup> y, en el caso, lo es la que posibilita el acceso al proceso.

Esto no puede extrañar. No olvidemos que ya BACHOF, en su famosa lección inaugural de la Universidad de Heidelberg en 1951, planteó la posibilidad de la inconstitucionalidad de normas constitucionales, entre otras cosas, por contradicción con el derecho metapositivo no positivizado.<sup>48</sup>

---

42 CASSAGNE, J.C., “La tutela judicial efectiva y el...”, loc. cit., pp. 28 y ss.

43 CASSAGNE, J.C./ PERRINO, P.E., *El nuevo proceso contencioso administrativo en la Provincia de Buenos Aires*. Lexis Nexis. Buenos Aires, 2006, pp. 194 y ss.; BOTASSI, C.A., “Los principios generales del Proceso Administrativo en los regímenes locales: accesibilidad, especialización y descentralización”, en CASSAGNE, J.C., (Director) *Tratado de Derecho Procesal...*, pp. 154 y ss.; AGUILAR VALDÉZ, O.R., “El agotamiento de la vía administrativa”, en CASSAGNE, J.C., (Director) *Tratado de Derecho Procesal...*, t. I, pp. 644 y ss. CANDA, si bien comparte la finalidad del agotamiento de la vía administrativa, denuncia su desnaturalización en la práctica. Ver. CANDA, F.O., “La habilitación de la instancia contencioso administrativa”, en TAWIL, G. S., (Director) *Derecho Procesal...*, pp. 374 y ss.

44 HUTCHINSON, sin perjuicio de reconocer el inconveniente que significa los plazos breves para recurrir y el mal funcionamiento de la vía administrativa, expresó que la vía administrativa podrá ser de agrado o no, pero el desagrado no la transforma en inconstitucional. HUTCHINSON, T., *Derecho Procesal Administrativo*. Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fe, 2009, t. I, pp. 265 y ss. ,

45 CASSAGNE, J.C., “La tutela judicial...”, loc. cit., pp. 98 y ss. y 104 y ss.

46 DURÁN MARTÍNEZ, A., “Los principios generales del derecho en el derecho administrativo. Aplicación por el legislador, el administrador y el juez”, en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Neoconstitucionalismo y...*, pp. 102 y ss.

47 RISSO FERRAND, M., *¿Qué es la Constitución?* Universidad Católica del Uruguay, Dámaso Antonio Larrañaga. Montevideo, 2010, p. 63.

48 BACHOF, O., *¿Normas constitucionales inconstitucionales?* Palestra Editores. Lima, 2008, pp. 69 y ss.

Bueno sería que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo iniciase una jurisprudencia en este sentido, más acorde al bloque de constitucionalidad que la que hoy impera.

El plazo para accionar no está fijado en la Constitución. El artículo 319 de la Carta comete su función a la ley.

El artículo 9 de la ley N° 15.869, de 22 de junio de 1987, fijó el plazo para accionar con relación al recurrente. No lo hizo con relación al tercero afectado por el acto que puso fin a la vía administrativa.

Con relación al recurrente la ley fija dos plazos, uno de 60 días y otro de dos años. El de 60 días corresponde en caso de agotamiento ficto de la vía administrativa y de agotamiento expreso cuando se ha notificado o publicado, en su caso, el acto que puso fin a la vía administrativa. El plazo de dos años, contado a partir de la fecha de interposición de los recursos, corresponde en caso de agotamiento expreso, sin que se haya notificado o publicado, en su caso, el acto que pone fin a la vía administrativa.

También ese mismo artículo 9 prevé la reapertura del plazo por cada acto ulterior que confirme expresamente, interprete o modifique el acto recurrido o el acto que haya agotado la vía administrativa, sin poner fin al agravio.

Ante la falta de regulación legislativa del plazo con relación al tercero afectado por el acto que puso fin a la vía administrativa, se debe aplicar las Disposiciones Transitorias y Especiales de la Constitución, concretamente el numeral 5 del literal J. Pero quedan hipótesis sin regulación, con lo que en esos casos existe una completa inseguridad jurídica.<sup>49</sup>

En casi todos los países existe un plazo de caducidad para accionar, como existe en Uruguay

No obstante, en los últimos tiempos han aparecido numerosos cuestionamientos a estos plazos de caducidad.<sup>50</sup> En esa línea, CASSAGNE considera que sería más lógico y justo poder presentar la acción mientras el derecho de fondo no haya prescrito.<sup>51</sup>

Otros, como ABERASTURY, opinan que “en la medida en que el plazo para demandar al Estado sea razonable y se encuentre rodeado de certeza para el particular respecto de la necesidad de deducir una acción para no perder el derecho que le asiste, podría ser viable.”<sup>52</sup> No obstante, haciendo un análisis desde los derechos humanos,

49 DURÁN MARTÍNEZ, A., *Contencioso...*, pp. 269 y ss.

50 TAWIL, G.S., “El plazo para accionar en la instancia contencioso administrativa”, en TAWIL, G.S. (*Director*) *Derecho Procesal Administrativo*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2011, pp. 325 y ss.; BOTASSI, C.A., “Los principios generales...”, loc. cit., p. 156.

51 CASSAGNE, J.C., “La tutela judicial...”, loc. cit., p. 115.

52 ABERASTURY, P., *La justicia...*, p. 160.



cuestionó la constitucionalidad del sistema de plazos dispuesto por el derecho positivo de su país.<sup>53</sup>

En nuestro país no se ha cuestionado la existencia de un plazo de caducidad.

Tal vez no se haya cuestionado la existencia de un plazo de caducidad para accionar porque en materia de plazos lo más grave es el plazo de diez días para recurrir a fin de poder agotar la vía administrativa. Por diez días se puede perder el acceso al Tribunal de lo Contencioso Administrativo; pero ese es un problema previo al momento de estar en condiciones para accionar. En consecuencia, el plazo de caducidad previsto para accionar no crea ni de cerca los problemas que plantea ese plazo de diez días para recurrir a fin de poder agotar la vía administrativa.

Se ha cuestionado, sí, la poca claridad del citado artículo 9 que provoca varias dudas interpretativas,<sup>54</sup> la formalista jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo en cuanto no admite la reapertura del plazo luego de los dos años de la interposición de los recursos<sup>55</sup> y la falta de claridad del sistema con relación al tercero afectado por el acto que agotó la vía administrativa.<sup>56</sup>

Algunas de esas falencias pueden solucionarse con una adecuada interpretación conforme al bloque de constitucionalidad, a favor del acceso al proceso; pero otras requieren tratamiento expreso de derecho positivo.

Si bien comparto la intención de los autores que sugieren la admisión de la acción mientras el derecho de fondo no esté prescrito, advierto que en nuestro derecho la sentencia del Tribunal a veces tiene efectos *erga omnes*. También hago notar que los actos susceptibles de impugnación pueden ser creadores de derechos por lo que, en estos casos, no habría seguridad jurídica si pudiesen ser impugnados indefinidamente o en los plazos de la prescripción del derecho de fondo, que son generalmente largos. Por esas razones, para la acción de nulidad un plazo de caducidad parecería ser admisible. Pero debe ser razonable y claro, como opinó ABERASTURY.

En esa línea, GONZÁLEZ PÉREZ expresó: “La seguridad jurídica impondrá, desde luego, unos plazos razonables; pero no tan exiguos que no permitan preparar adecuadamente la defensa, cuando se ha de iniciar el proceso con la demanda debidamente fundada.”<sup>57</sup>

Para la acción reparatoria u otra que no sea anulatoria estimo que no debería existir un plazo de caducidad; considero que mientras el derecho de fondo no esté prescrito

53 ABERASTURY, P., “El plazo de caducidad”, en CASSAGNE, J.C., (*Director*) *Tratado de Derecho Procesal...*, p. 678.

54 DURÁN MARTÍNEZ, A., *Contencioso...*, pp. 259 y ss.

55 DURÁN MARTÍNEZ, A., *Contencioso...*, pp. 274 y ss.

56 DURÁN MARTÍNEZ, A., *Contencioso...*, pp. 278 y ss.

57 GONZÁLEZ PÉREZ, J., “Hacia un código procesal administrativo modelo para Iberoamérica”, en GONZÁLEZ PÉREZ, J./CASSAGNE, J.C., *La justicia administrativa en Iberoamérica*. LEXISNEXIS. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2005, p. 80.

se podría demandar al Estado con este tipo de acciones. También considero que no debería existir un plazo de caducidad para la acción anulatoria cuando operó agotamiento ficto de la vía administrativa o, habiendo agotamiento expreso, no se ha notificado personalmente o, en su caso, no se ha publicado en el Diario Oficial el acto que puso fin a la vía administrativa.

## 6. Procedimiento

El procedimiento que se sigue, conforme al artículo 58 y 104 del decreto-ley N<sup>o</sup> 15.524, según interpretación de la jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo y la doctrina mayoritaria, es el del juicio ordinario regulado por el Código de Procedimiento Civil y leyes modificativas.<sup>58</sup>

El Dr. TOBÍA FERNÁNDEZ, actual Ministro del Tribunal de lo Contencioso Administrativo y ex Presidente del Cuerpo, en un artículo redactado con otros autores, con relación a este procedimiento expresó con razón: “la ritualidad legal es desajustada, vetusta, inorgánica, características que corroboran que lejos está de conformar aquélla la estructura procesal idónea y necesaria para contemplar los intereses particulares de los justiciables y el interés público subyacente en este tipo de controversias. Como se ha señalado antes, el TCA fue creado por la Constitución de la República en el año 1952 y, con ligeras variantes el proceso contencioso administrativo de anulación se ha regulado por un Código decimonónico frente a una realidad social y jurídica que lo hace inadecuado para tutelar los derechos sustanciales que se debaten en los litigios o, más precisamente, para afrontar los conflictos que en su seno se sustancian.”<sup>59</sup>

Aparte de lo expuesto, el tema que más me interesa tratar en este punto es el de las medidas cautelares o provisionales.

El Tribunal Constitucional español desarrolló una importantísima jurisprudencia tendiente a precisar el contenido del derecho a la tutela jurisdiccional recogido en el artículo 24.1 de la Constitución.<sup>60</sup> Y al hacerlo abordó el tema de las medidas cautelares.

En tal sentido consideró inconstitucional la prohibición legal de suspender actos y disposiciones administrativas (sentencia N<sup>o</sup> 15/1987, de 7 de julio) y consideró que la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso (sentencia N<sup>o</sup> 238/1992, de 17 de setiembre).<sup>61</sup>

58 DURÁN MARTÍNEZ, A., *Contencioso...*, pp. 297.

59 TOBÍA FERNÁNDEZ, J.P./ PATRITTI ISASI, M./ GÓMEZ LEIZA, J. “Panorama institucional...”, loc. cit., p. 91.

60 “Art. 24.- 1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.”

61 MARTÍN REBOLLO, L., *Leyes Administrativas*. 19<sup>a</sup> edición. Thomson Reuters. Aranzadi. Pamplona, 2013, pp. 161 y 1475 y ss.

Esa adecuada jurisprudencia y la clara influencia de la Ley de la Justicia Administrativa alemana de 1960<sup>62</sup> provocaron el pertinente cambio legislativo. En efecto, el artículo 129.1, de la ley N° 29/1998, de 13 de julio de 1998 (Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), estableció: “Los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia.”

Hoy, la más moderna y prestigiosa doctrina no pone en duda que la tutela judicial efectiva es un derecho humano y que las medidas cautelares forman parte de él.<sup>63</sup> De ahí la tan positiva evolución que han tenido las medidas cautelares en el contencioso administrativo en aquellos países que pretenden un verdadero Estado Constitucional de Derecho.

Con acierto, HERNÁNDEZ-MENDIBLE expresó:

“La tutela judicial no es efectiva, si el órgano jurisdiccional no cuenta con las adecuadas potestades que garanticen la protección cautelar, mientras se produce la sentencia que reconozca la existencia del derecho o interés cuya tutela se reclama.

Quien asiste al proceso lo hace con una doble finalidad: por una parte, que se reconozca su derecho y por la otra, de hacer efectiva la norma jurídica que resulta aplicable a dicho reconocimiento, que garantiza la existencia y el ejercicio del derecho.

La justificación de las medidas cautelares, nace de la imposibilidad de que concuerden en un mismo momento la existencia del derecho (atribuido por la norma jurídica), con el reconocimiento del mismo (que realiza el órgano jurisdiccional).

62 GARCÍA MACHO, R., “Acotaciones a la influencia de la Ley de la Justicia Administrativa alemana en la jurisdicción contencioso-administrativa española”, en ABERASTURY, P., (Coordinador) *Ley de la Justicia Administrativa Alemana*. Konrad Adenauer Stiftung. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2009, p. 70.

63 GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El derecho a la tutela...*, pp. 256 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Democracia, jueces y control de la Administración*. Civitas. Madrid, 2000, pp. 285 y ss.; GALERA RODRIGO, S., *Sistema europeo de Justicia Administrativa*. Instituto de Estudios Jurídicos Internacionales. Dykinson S. L. Madrid, 2005, pp. 131 y ss.; CASSAGNE, J.C./ PERRINO, P.E., *El nuevo proceso contencioso administrativo en la Provincia de Buenos Aires*. Lexis Nexis. Buenos Aires, 2006, p. 322 y ss.; GARCÍA PULLÉS, F.R., *Tratado de lo contencioso administrativo*. Hamurabi. Buenos Aires, 2004, t. 2, pp. 797 y ss.; ABERASTURY, P., *La Justicia Administrativa*. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, pp. 329 y ss.; SACRISTAN, E.B., “Medidas cautelares y recurso extraordinario”, en CASSAGNE J.C., (Director) *Amparo, Medidas Cautelares y otros procesos urgentes en la Justicia Administrativa*. Lexis Nexis./UCA Buenos Aires, 2007, p. 385; HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V.R., “Cuarenta años de la historia de las medidas cautelares en el proceso administrativo venezolano”, en *Revista de Derecho Público*. F.C.U., Montevideo, 2007, N° 30, pp. 155 y ss.; CAJARVILLE PELUFFO, J.P., “Sobre la suspensión jurisdiccional de los efectos del acto administrativo”, en CAJARVILLE PELUFFO, J.P., *Sobre Derecho Administrativo*. Segunda edición ampliada. F.C.U., Montevideo, 2008, t. II, pp. 665 y ss.; DELPIAZZO, C.E., “Medidas cautelares frente a la Administración”, en *Anuario de Derecho Administrativo*. F.C.U. Montevideo, 2008, t. XV, p. 63; SOMMERMANN, K.P., “El papel de la ley alemana de la justicia administrativa para la realización del Estado de Derecho”, en ABERASTURY, P., (Coordinador), *Ley de la Justicia Administrativa Alemana*. Konrad Adenauer Stiftung. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2009, pp. 2 y ss.; GARCÍA MACHO, R., “Acotaciones a la influencia...”, loc. cit., p. 78; VIÑUELA HOJAS, M., “La tutela cautelar de derechos ante la Administración: la realidad chilena”, en ARANCIBIA MATTAR, J./MARTÍNEZ ESTAY, J.I., (Coordinadores), *La primacía de la persona. Estudios en Homenaje al Profesor Eduardo Soto Kloss*. Universidad de los Andes. Legal Publishing. Abeledo-Perrot. Santiago de Chile, 2009, p. 1163.

Es así como las medidas cautelares persiguen garantizar que cuando se produzca la comprobación jurisdiccional de la existencia del derecho, tal reconocimiento que tiene los caracteres de definitividad y certeza del derecho preexistente, no se haga ilusorio, sino que por el contrario pueda hacerse efectivo.

Por ello, la tutela judicial cautelar busca lograr, que el tiempo que debe transcurrir entre la existencia del derecho y el reconocimiento de éste, no afecte la efectividad de tal reconocimiento, al extremo de hacer ilusorio el derecho y en consecuencia inútil, la función jurisdiccional de dictar sentencia para administrar justicia.”<sup>64</sup>

Lamentablemente, esa evolución indicada que se percibe en los países más avanzados no ha llegado en los hechos a nuestro país, pese a que el marco jurídico lo permite o, por lo menos, permite soluciones mucho más garantistas que las que se aplican.

Salvo algún amparo concedido en el período inmediatamente previo a su regulación legal por parte de la ley N° 16.011, de 19 de diciembre de 1989, la única medida cautelar –considerada provisional más que cautelar por ABAL OLIÚ–<sup>65</sup> aceptada por nuestro Tribunal de lo Contencioso Administrativo es la suspensión de los efectos del acto administrativo impugnado con la acción de nulidad.

La doctrina, en lo que refiere a la posibilidad de que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo suspenda los efectos de un acto administrativo, fue variando con el tiempo. En efecto, de una posición negativa se pasó gradualmente a una positiva.

El artículo 347 de la ley N° 13.318, de la ley N° 13.318, de 28 de diciembre de 1964, recogió por vez primera la suspensión de la ejecución del acto administrativo en el marco de la acción anulatoria. Pero la jurisprudencia fue muy restrictiva.

La legislación varió a efectos de facilitar esa suspensión. Actualmente el tema está regulado por los artículos 2 y 3 de la ley N° 15.869 ya citada. La legislación vigente flexibilizó algo la jurisprudencia, pero sigue siendo exagerada y erróneamente restrictiva.<sup>66</sup>

Por cierto que la suspensión de los efectos del acto es una medida a menudo insuficiente para asegurar la eficacia de la sentencia. Y más insuficiente lo es debido a la injustificada jurisprudencia de nuestro Tribunal de lo Contencioso Administrativo y al excesivo tiempo que insume el procedimiento de suspensión. Por otro lado,

64 HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V.R., “Los derechos constitucionales procesales”, en BREWER-CARÍAS, A.R./HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V.R., (Directores), *El Contencioso Administrativo y los Procesos Constitucionales*. Editorial jurídica venezolana. Caracas, 2011, p. 99.

65 ABAL OLIÚ, A., “Medidas provisionales y cautelares en el proceso de anulación de actos administrativos”, en VÁZQUEZ PEDROUZO, M.C., (Coordinadora), *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Juan Pablo Cajarville Peluffo*. F.C.U. Montevideo, 2011, p. 666.

66 DURÁN MARTÍNEZ, A., “La tutela jurisdiccional...”, loc. cit., pp. 128 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, A., *Contencioso...*, pp. 305 y ss.

se advierte que a veces no se requiere la suspensión de los efectos del acto para asegurar el cumplimiento de la sentencia y bastaría otra medida distinta de impacto menor. Por eso, la más moderna doctrina ha impulsado la adopción de otras medidas provisionales o cautelares, como existen en los países más avanzados.<sup>67</sup>

Esas medidas, a mi juicio, son perfectamente aplicables en función del derecho a la tutela judicial efectiva. Así como al Tribunal Constitucional español le bastó el artículo 24 de su Constitución para admitir con gran amplitud las medidas cautelares en el ámbito del contencioso administrativo, a nosotros nos basta con el artículo 72 de nuestra Constitución, lo que se refuerza con el artículo 25 del Pacto de San José de Costa Rica. Es más, nos basta con la sola consideración de que el derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho humano, por lo que es anterior y superior a la propia Constitución.

No existe así ningún obstáculo para que en el estado actual de nuestro Derecho, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo disponga medidas cautelares, con la amplitud con que son recibidas en el Derecho Procesal contemporáneo.

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe reconocer que existen textos de derecho positivo que permiten sostener la aplicación de medidas cautelares en el ámbito del contencioso anulatorio, aparte de la suspensión de la ejecución del acto.

El proceso administrativo de anulación se rige, como se ha visto, en principio por el decreto-ley N° 15.524 y modificativas, y el Código de Procedimiento Civil y modificativas. Las normas del Código General del Proceso podrían tener aplicación en la acción de nulidad, en subsidio del C.P.C. y en la medida en que sean compatibles con la naturaleza del proceso anulatorio.

Dicho de otra manera, el proceso administrativo de anulación se rige por el decreto-ley N° 15.524 y sus modificativas y por el C.P.C. y sus modificativas en lo que no fueren incompatibles con las primeras. En los puntos no regulados por las normas antedichas, podría tener aplicación en subsidio el C.G.P. “en lo que sea conciliable con las características propias del proceso contencioso administrativo”, como dijo el Tribunal en la sentencia N° 183, de 16 de julio de 1991.

Si sostenemos para estos procesos la vigencia del Código de Procedimiento Civil, corresponde la aplicación de su Título VIII (artículos 828 y siguientes) que refiere a los secuestros y embargos preventivos. Pero también corresponde la aplicación del artículo 62 de la ley N° 13.355, de 17 de agosto de 1965 (Ley de Abreviación de Juicios) que establece:

---

67 CAJARVILLE PELUFFO, J.P., “Visión actual del Contencioso Administrativo Uruguayo”, en CAJARVILLE PELUFFO, J.P., *Sobre Derecho Administrativo*. Segunda edición ampliada. F.C.U. Montevideo, 2008, t. II, pp. 629 y ss; DELPIAZZO, C.E., “Medidas cautelares frente...”, loc. cit. pp. 74 y ss.

“Sin perjuicio de lo dispuesto en el Título VIII, Parte Segunda, del Código de Procedimiento Civil, los jueces podrán decretar, a petición de parte, las medidas cautelares que estimen indispensables para la protección de un derecho y siempre que exista peligro de lesión o frustración del mismo.

La existencia del derecho y el peligro de su lesión o frustración se justificarán sumariamente.

El Juez fijará la extensión de la medida y exigirá la previa prestación de garantía real o personal, salvo que exista motivo fundado para eximir de ella al peticionante.

La resolución que recaiga será apelable en relación y con solo efecto devolutivo cuando hiciera lugar a la medida solicitada.

Cuando estas medidas se adopten antes de la iniciación del juicio, quedarán sujetas al régimen establecido en el artículo 841 del Código de Procedimiento Civil.

Las medidas previstas en este artículo no serán aplicables contra el Estado o personas jurídicas de Derecho Público.”

Como se percibe, este artículo habilita a adoptar genéricamente todas las medidas cautelares que sea necesario para la protección de un derecho y fija como requisitos los clásicos *fumus bonis iuris* y *periculum in mora* además de la contracautela, a menudo también exigida en la normativa procesal contemporánea.

Es cierto que este artículo, por su inciso final, vedaba la aplicación de esas medidas cautelares contra el Estado o en general contra las personas jurídicas de Derecho Público.

Pero, como se ha visto, esa disposición es incompatible con la tutela judicial efectiva, derecho humano de los comprendidos genéricamente en el artículo 72 de la Constitución.

Por tanto, así como el Tribunal Constitucional español declaró inconstitucionales las leyes que prohibían la adopción de medidas cautelares contra la Administración por ser incompatibles con la tutela judicial efectiva,<sup>68</sup> debe considerarse inconstitucional este inciso final del artículo 62 de la Ley de Abreviación de Juicios en análisis, dictada durante la vigencia de la Constitución de 1952.

Y como la Constitución de 1967 reprodujo textualmente y con el mismo número el artículo 72 de la Constitución de 1952, la nueva Carta derogó el inciso final del

---

68 MARTÍN REBOLLO, L., *Leyes...*, p. 128.

citado artículo 62 de la Ley de Abreviación de Juicios. Se trata de una derogación por oposición superveniente.

A mayor abundamiento, se puede decir que ese inciso final del aludido artículo 62 resulta también incompatible con el artículo 25 del Pacto de San José de Costa Rica que recoge expresamente el derecho a la tutela judicial efectiva, por lo que también corresponde sostener su derogación por ese motivo.

Si, por el contrario, se sostiene –como lo ha sostenido la Procuraduría del Estado en lo Contencioso Administrativo– que procede la aplicación del Código General del Proceso, pues a su juicio este derogó al C.P.C. y por ende a la L.A.J., y el C.G.P. es así una de las normas *modificativas* a que refiere el artículo 104 del decreto-ley N<sup>o</sup> 15.524, corresponde la aplicación de los artículos 311 a 317 de este último Código, que admite con gran amplitud las medidas cautelares y no las excluye, por cierto, en los juicios contra el Estado.

También ABAL OLIÚ sostuvo la aplicación de las medidas cautelares previstas en los artículos 311 y siguientes del C.G.P. en el contencioso anulatorio, entre las cuales mencionó expresamente la medida de no innovar.<sup>69 70</sup>

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo no ha admitido hasta ahora la posibilidad de otras medidas cautelares o provisionales aparte de la suspensión de la ejecución del acto. Pero un trabajo doctrinario del Ministro TOBÍA FERNÁNDEZ, en coautoría, permite vislumbrar un cambio. En efecto, allí, aun sin coincidir exactamente con mi opinión, admite la posibilidad de que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo disponga otras medidas cautelares, aparte de la mencionada suspensión.<sup>71</sup>

## 7. La sentencia

El modo normal de terminación del proceso es con la sentencia definitiva.

La sentencia podrá desestimar la demanda o acogerla.

Si la acoge, se anulará el acto impugnado o desaplicará, según los casos, pero no podrá modificarlo (artículo 310 de la Constitución).

Si la desestima, en aquellos casos en que para la anulación se requieren cuatro votos, “el Tribunal reservará a la parte demandante, la acción de reparación, si tres votos conformes declaran suficientemente justificada la causal de nulidad invocada” (art. 310 de la Constitución).

69 ABAL OLIÚ, A., “Medidas provisionales y...”, loc. cit., pp. 670 y ss.

70 DURÁN MARTÍNEZ, A., *Contencioso...*, pp. 322 y ss.

71 TOBÍA FERNÁNDEZ, J.P./ PATRITTI ISASI, M./ GÓMEZ LEIZA, J. “Panorama institucional...”, loc. cit., pp. 98 y ss.

En caso de sentencia estimatoria, si esta no es ejecutada voluntariamente por la parte demandada la realidad muestra dificultades considerables.

En los hechos, en general el Tribunal se limita a intimar su cumplimiento. Incluso, a veces, con apercibimiento de demanda penal; pero nunca se ha procesado a nadie por incumplimiento de sentencia.

En este punto, también la nueva visión del Derecho desde el bloque de constitucionalidad –en el caso, desde el derecho a la tutela efectiva– produce cambios importantes.

El Tribunal Constitucional español ha entendido que el derecho a la ejecución de la sentencia “forma parte del derecho a la tutela efectiva, ‘ya que, si no fuera así, las decisiones judiciales y los derechos que en ellas se reconocen no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna’ (SSTC 152/1990, de 4 de octubre [RTC 1990, 152] y 107/1992, de 1º de julio [RTC 1992, 107]).”<sup>72</sup> Y con acierto, advirtió además el Tribunal que ese derecho a la ejecución de la sentencia trasciende al interés del justiciable, puesto que hace a la esencia del Estado de Derecho. En tal sentido ha expresado: “ ‘El derecho a la ejecución de sentencias no puede concebirse únicamente como un derecho del particular interesado en la ejecución, sino que también un esencial interés público el que está implicado en ello, como fundamento del Estado de Derecho’ (A. 16 julio 1991. Ar. 6335)”<sup>73</sup>

Con razón, así, señaló GONZÁLEZ PÉREZ: Para el mantenimiento de la justa paz de la Comunidad, lo que se persigue a través de la función jurisdiccional, no basta que los Tribunales dicten sentencia declarando si la pretensión está o no fundada; es necesario que lo mandado en la sentencia sea cumplido.... "Por eso ha podido afirmarse que la ejecución procesal constituye en cierto sentido el punto culminante de la realización del Derecho."<sup>74</sup>

Desde esa perspectiva, no puede dudarse en la posibilidad de la aplicación de astreintes para la ejecución de la sentencia anulatoria.<sup>75</sup> Lamentablemente, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo no ha admitido hasta ahora la aplicación de astreintes.<sup>76</sup>

Desde el momento en que no se han aplicado astreintes, no ha existido oportunidad de ejecuciones forzosas lo que, por supuesto, he estimado jurídicamente posible.<sup>77</sup>

72 CORDÓN MORENO, F., “El sistema procesal en el marco de la Constitución de 1978”, en *AA.VV. 20 años de ordenamiento constitucional*. Homenaje a Estanislao Aranzadi. Aranzadi Editorial. Navarra, 1999, p. 213.

73 GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Ley de la Jurisdicción...*, p. 467.

74 GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Civitas. Madrid, 1994, p. 1289.

75 DURÁN MARTÍNEZ, A., “La tutela jurisdiccional...”, loc. cit., pp. 146 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, A., *Contencioso...*, pp. 363 y ss.

76 TOBÍA FERNÁNDEZ, J.P./ PATRITTI ISASI, M./ GÓMEZ LEIZA, J. “Panorama institucional...”, loc. cit., pp. 106 y ss.

77 DURÁN MARTÍNEZ, A., *Contencioso...*, pp. 366 y ss.



Y aunque hubiera existido esa oportunidad, temo que hubiera pasado lo mismo que ocurre en el Poder Judicial que, en materia de acciones reparatorias u otras tendientes al cobro de dinero, en caso de incumplimiento de las sentencias no se ha procedido a ejecuciones forzosas en ejecución de una legislación inspirada en soluciones decimonónicas, absolutamente superadas en los países más desarrollados y totalmente incompatibles con el derecho a la tutela judicial efectiva.<sup>78</sup>

## **8. Relación entre la Acción Anulatoria y la Reparatoria**

Salvo el contencioso anulatorio y el contencioso interadministrativo y el intraorgánico fundado en la legislación que corresponde al Tribunal de lo Contencioso Administrativo (art. 313 de la Constitución),<sup>79</sup> los demás contenciosos administrativos se desenvuelven en el ámbito del Poder Judicial.

El contencioso administrativo de reparación patrimonial por daños causados por un acto administrativo ha ocasionado profundas discusiones desde la Constitución de 1952 que, lamentablemente, no han desaparecido con la reforma de 1997, aunque ha variado en algo el objeto de la polémica.

El artículo 312 de la Constitución de 1952, en su redacción original, reproducido textualmente en la Carta de 1967, regulaba la relación entre la acción anulatoria y la acción reparatoria.

Una doctrina muy calificada encabezada por SAYAGUÉS LASO sostuvo que la acción anulatoria era prejudicial de la reparatoria.

Pero otra tan calificada doctrina como aquella, encabezada por MÉNDEZ, JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA y MARTINS, negó tal prejudicialidad.

Desde siempre adherí a esta segunda doctrina, pero debo reconocer que la jurisprudencia acompañó a la primera. Por eso hubo que cambiar la redacción del artículo 312, cosa que se hizo con la enmienda de 1997, a los efectos de eliminar tal prejudicialidad y dar al actor la opción de iniciar la acción anulatoria y luego, en caso de éxito, acudir al reparatorio patrimonial o prescindir del contencioso anulatorio y plantear solamente la acción reparatoria.<sup>80</sup>

No obstante, la nueva redacción del artículo 312 provocó una insólita opinión aislada en el sentido de que, para iniciar una acción reparatoria por daños ocasionados por un acto administrativo, era preciso agotar previamente la vía administrativa.<sup>81</sup>

78 DURÁN MARTÍNEZ, A., *Contencioso...*, pp. 366 y ss. y 401 y ss.

79 DURÁN MARTÍNEZ, A., *Contencioso...*, pp. 16 y ss. y 511.

80 DURÁN MARTÍNEZ, A., *Contencioso...*, pp. 409 y ss.

81 LABAURE, C., "Contencioso anulatorio y de reparación patrimonial", en *Anuario de Derecho Administrativo*. F.C.U. Montevideo, 1998, t. VI, p. 40; LABAURE, C., "El agotamiento de la vía administrativa y la nueva redacción del art. 312 de la Constitución", en *Revista de Derecho Público*. F.C.U. año 1998, N° 13, pp. 41 y ss.

Pese a tratarse de una opinión aislada, ya que toda la doctrina se pronunció en sentido contrario,<sup>82</sup> increíblemente esa errónea opinión tuvo cierta recepción jurisprudencial. Afortunadamente esa jurisprudencia se truncó en la Suprema Corte de Justicia que, luego de una primera sentencia equivocada, cambió de posición y terminó adoptando la tesis correcta.<sup>83</sup>

El argumento de la tesis que exige como cuestión previa a la acción reparatoria el previo agotamiento de la vía administrativa se basa en la remisión que el artículo 312 efectúa al acto mencionado en el artículo 309 de la Constitución, es decir, al acto administrativo definitivo.

Esa remisión es lógica y no significa lo que LABAURE y la jurisprudencia que lo ha seguido le han atribuido.

Esa remisión significa que la opción que confiere el artículo 312 de acudir primero a la acción anulatoria y luego a la reparatoria o directamente a la acción reparatoria la tiene quien agotó la vía administrativa. Quien no agotó la vía administrativa no tiene opción, no puede acudir a la acción anulatoria y luego a la reparatoria, porque para la acción anulatoria la Constitución exige claramente el agotamiento de la vía administrativa (arts. 309 y 319); solo le queda la posibilidad de la acción reparatoria, que es la solución de principio que se desprende del artículo 24 de la Constitución.<sup>84</sup>

Como se ha dicho, una abundante jurisprudencia siguió esta equivocada y solitaria tesis doctrinaria.

A vía de ejemplo, cito la sentencia N° 18 de 24 de febrero de 2003 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6° Turno, dictada en mayoría.<sup>85</sup>

82 SAETTONI, M., “La acción reparatoria y la prejudicialidad (art. 312 y D.T. y E.L.)”, en DURÁN MARTÍNEZ, A., (Coordinador) *Reforma constitucional 1997*. Universidad Católica del Uruguay-Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político (Serie Congresos y Conferencias N° 16). Montevideo, 1997, p. 171; CASSINELLI MUÑOZ, H., “La acción de reparación patrimonial en la reforma constitucional”, en *VV.AA., Reflexiones sobre la reforma constitucional de 1996*. F.C.U. Montevideo, 1998, pp. 119 y ss.; MARTINS, D.H., “Algunos aspectos del reparatorio patrimonial”, en *VV.AA., Reflexiones sobre la reforma constitucional de 1996*. F.C.U. Montevideo, 1998, p. 129; VÁZQUEZ, C., “Novedades en materia de reparación patrimonial por daños causados por acto administrativo, introducidas en virtud de la reforma de 1997”, en CORREA FREITAS, R.-VÁZQUEZ, C., *La reforma constitucional de 1997*. F.C.U. Montevideo, 1997, p. 174; CAJARVILLE PELUFFO, J.P., “La reforma constitucional de 1997, los recursos administrativos y la acción reparatoria”, en *La Justicia Uruguaya*, año 2000, t. 121, D. pp. 53 y ss.; BENGOA VILLAMIL, R., *Acción reparatoria y acción anulatoria*. Editorial Nueva Jurídica. Montevideo, 2000, pp. 44 y ss.; “AGUIRRE RAMÍREZ, G.”, en CASSINELLI MUÑOZ, H./AGUIRRE RAMÍREZ, G., *La acción de reparación no requiere el agotamiento previo de la vía administrativa*. Temas de Derecho Público, N° 5. Editorial Nueva Jurídica. Montevideo, 1999; DURÁN MARTÍNEZ, A., *Casos de Derecho Administrativo*. Montevideo, 2005, vol. IV, pp. 232 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, A., *Contencioso...*, pp. 433 y ss. y 444 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, A., “Debilidades actuales del contencioso anulatorio”, en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Neoconstitucionalismo y...*, pp. 601 y ss.; DELPIAZZO ANTÓN, G., *Tutela jurisdiccional efectiva frente a la Administración*. Universidad de Montevideo. Facultad de Derecho, Montevideo, 2009, p. 76; DELPIAZZO, C.E., *Derecho Administrativo General*. Amalio M. Fernández. Montevideo, 2013, vol. 2, p. 375.

83 DURÁN MARTÍNEZ, A., *Contencioso...*, pp. 452 y ss.

84 DURÁN MARTÍNEZ, A., “Responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial”, en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Neoconstitucionalismo y...*, p. 645.

85 *La Justicia Uruguaya*. Montevideo, 2003, t. 128, Caso N° 14.704, p. J. 159.

Esa sentencia, además de evocar la tesis de LABAURE y adherir a ella, para justificar el previo agotamiento de la vía administrativa expresa que sin ese agotamiento se imposibilita a la Administración a controlar actos dictados por órganos subordinados o sometidos a tutela administrativa y afirma, además, que la no recurrencia implica el consentimiento del acto.

En efecto, sostiene que negar el condicionamiento del agotamiento de la vía administrativa significa impedir el control de la Administración sobre sus propios actos cuando estos son dictados por órganos sometidos a jerarquía o tutela administrativa.

Esto es un error. No se tiene en cuenta que en caso de actos dictados por órganos sometidos a tutela administrativa procede siempre el control previsto en el artículo 197 de la Constitución, por lo que el acto puede ser revocado por esta vía. Y en caso de actos dictados por órganos sometidos a jerarquía, procede el control jerárquico<sup>86</sup> y es posible la emisión de actos de directiva.<sup>87</sup>

Solamente esa revisión del acto no sería posible en casos de actos firmes y estables, precisamente en tutela de los derechos adquiridos. Y precisamente porque esa revisión no es posible es que procede la acción reparatoria en estos casos a fin de que no existan fisuras en el Estado de Derecho.

Por último, la sentencia en análisis sostiene que la no recurrencia implica consentimiento del acto y por tal razón el rechazo de la acción reparatoria significa una consecuencia de la aplicación de la teoría de los actos propios.

Hay aquí varias confusiones que es preciso despejar.

En primer lugar, se debe tener en cuenta el real sentido de la acción anulatoria y la acción reparatoria.

Ambas acciones persiguen fines distintos.

La anulatoria busca la defensa del Derecho por encima de toda otra consideración: la sentencia destruye el acto administrativo que la Administración dictó con ilegitimidad salvaguardando el imperio del Derecho. La indemnización que de allí se puede derivar será un efecto mediato y requiere un pronunciamiento jurisdiccional posterior.

La acción reparatoria persigue la reparación patrimonial, el restablecimiento del equilibrio económicamente roto por el acto lesivo y no la reivindicación misma del derecho. De ahí a que el Juez, al decretar la reparación patrimonial, no compromete

86 DURÁN MARTÍNEZ, A., "Control de los actos administrativos", en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Estudios de Derecho Administrativo - Parte General*. Montevideo, 1999, pp. 360 y ss.

87 DURÁN MARTÍNEZ, A., "Acto de directiva", en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Estudios de Derecho Administrativo...*, pp. 215 y ss.

en nada al órgano administrador, puesto que el acto jurídico se aprecia en su juridicidad y en función económica pero no se suprime ni afecta. Y de ahí que la acción reparatoria procede incluso ante daños causados por actos legítimos.<sup>88</sup>

Se trata pues de dos contenciosos que siguen caminos diferentes, que actúan en consideración a finalidades distintas. Uno defiende la juridicidad pura; el otro, el equilibrio patrimonial.

Estas diferencias explican, más allá de que ambos sean contenciosos de Derecho Público, que no necesariamente esos litigios deban ventilarse ante un mismo juez, que las causales sean las mismas, que se deban reunir idénticos requisitos de legitimación procesal activa, que los efectos de las sentencias sean iguales o que estas acciones estén condicionadas.

Para centrarnos en la cuestión del condicionamiento que es lo que ahora interesa, cabe afirmar rotundamente que esto no es una cuestión de esencia sino de derecho positivo. Por eso, el condicionamiento, para que exista debe ser impuesto en forma clara y expresa por el Derecho positivo; si no, no existe. Y por eso esos textos son de interpretación estricta.

No hay en el artículo 312 actual de la Constitución condicionamiento alguno, ni de la acción anulatoria ni de los recursos administrativos.

Desde luego, una visión del tema desde el bloque de constitucionalidad lleva a descartar la posición de la cuestión previa, por aplicación del precepto de aplicación conforme, en este caso, de aplicación conforme al bloque de constitucionalidad.

## **9. Apreciaciones finales**

El análisis de nuestra realidad no puede dejarnos satisfechos. Lo que en algún momento sirvió –o se pensó que servía– aparece ahora como insuficiente.

La experiencia demuestra que es preciso retornar al sistema judicialista, otorgar plenos poderes al juez administrativo, posibilitar acumular la acción anulatoria con la reparatoria u otras y concebir un sistema realmente acorde a la tutela jurisdiccional efectiva con todo lo que ella implica en sus proyecciones en las diversas etapas del proceso. Solo así la persona humana tendrá una garantía jurisdiccional acorde al Estado Constitucional de Derecho.

---

88 DURÁN MARTÍNEZ, A., *Casos de Derecho Administrativo*. Universidad Católica del Uruguay -Ingranusi Ltda. Montevideo, 1999, vol. I, pp. 187 y ss.

## 10. Bibliografía

- ABAL OLIÚ, A., “Medidas provisionales y cautelares en el proceso de anulación de actos administrativos”, en VÁZQUEZ PEDROUZO, M.C., (Coordinadora), *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Juan Pablo Cajarville Peluffo*. F.C.U. Montevideo, 2011.
- ABERASTURY, P., *La Justicia Administrativa*. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006.
- ABERASTURY, P., “El plazo de caducidad”, en CASSAGNE, J.C., (Director) *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, t. I. LA LEY. Buenos Aires, 2007.
- AGUILAR VALDÉZ, O.R., “El agotamiento de la vía administrativa”, en CASSAGNE, J.C., (Director) *Tratado de Derecho Procesal...*, t. I, pp. 644 y ss.
- “AGUIRRE RAMÍREZ, G.”, en CASSINELLI MUÑOZ, H./ AGUIRRE RAMÍREZ, G., *La acción de reparación no requiere el agotamiento previo de la vía administrativa*. Temas de Derecho Público, Nº 5. Editorial Nueva Jurídica. Montevideo, 1999.
- BACHOF, O., *¿Normas constitucionales inconstitucionales?* Palestra Editores. Lima, 2008.
- BENGOA VILLAMIL, R., *Acción reparatoria y acción anulatoria*. Editorial Nueva Jurídica. Montevideo, 2000.
- BOTASSI, C.A., “Los principios generales del Proceso Administrativo en los regímenes locales: accesibilidad, especialización y descentralización”, en CASSAGNE, J.C., (Director) *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, t. I. LA LEY. Buenos Aires, 2007, pp. 154 y ss.;
- CAJARVILLE PELUFFO, J.P., *Recursos administrativos*. F.C.U. Montevideo, 1987.
- CAJARVILLE PELUFFO, J.P., “La reforma constitucional de 1997, los recursos administrativos y la acción reparatoria”, en *La Justicia Uruguaya*, t. 121, año 2000.
- CAJARVILLE PELUFFO, J.P., “Sobre la suspensión jurisdiccional de los efectos del acto administrativo”, en CAJARVILLE PELUFFO, J.P., *Sobre Derecho Administrativo*, t. II. Segunda edición ampliada. F.C.U., Montevideo, 2008.
- CAJARVILLE PELUFFO, J.P., “Visión actual del Contencioso Administrativo Uruguayo”, en CAJARVILLE PELUFFO, J.P., *Sobre Derecho Administrativo*, t. II. Segunda edición ampliada. F.C.U. Montevideo, 2008.
- CANDA, F.O., “La habilitación de la instancia contencioso administrativa”, en TAWIL, G. S., (Director) *Derecho Procesal Administrativo*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2011.
- CAPALBO, S., “El derecho a la tutela judicial efectiva”, en TAWIL, G.S. (Director) *Derecho Procesal Administrativo*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2011.
- CASSAGNE, J.C., “La tutela judicial efectiva y el agotamiento de la instancia administrativa”, en RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J./ BELARMINO JAIME, J./ SENDÍN GARCÍA, M.A./ MEJÍA, H.A./ CARDOZA AYALA, M.,A. (Comité editorial), *Congreso Internacional de Derecho Administrativo*. Corte Suprema de Justicia. San Salvador, 2011.
- CASSAGNE, J.C./PERRINO, P.E., *El nuevo proceso contencioso administrativo en la Provincia de Buenos Aires*. Lexis Nexis. Buenos Aires, 2006.
- CASSAGNE, J.C., “La tutela judicial efectiva”, en CASSAGNE J.C. (Director). *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, t. I. LA LEY. Buenos Aires, 2007.
- CASSAGNE, J.C., “La tutela judicial efectiva y el agotamiento de la instancia administrativa”, en RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J./ BELARMINO JAIME, J./ SENDÍN GARCÍA, M.A./ MEJÍA, H.A./ CARDOZA AYALA, M.,A. (Comité editorial), *Congreso Internacional de Derecho Administrativo*. Corte Suprema de Justicia. San Salvador, 2011.

- CASSINELLI MUÑOZ, H., “La acción de reparación patrimonial en la reforma constitucional”, en *VV.AA., Reflexiones sobre la reforma constitucional de 1996*. F.C.U. Montevideo, 1998.
- CORDÓN MORENO, F., “El sistema procesal en el marco de la Constitución de 1978”, en *AA.VV. 20 años de ordenamiento constitucional*. Homenaje a Estanislao Aranzadi. Aranzadi Editorial. Navarra, 1999.
- COUTURE, E.J., “El agotamiento de la vía administrativa como presupuesto procesal”, en *La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, t. 52. Montevideo, año 1954.
- DELPIAZZO ANTÓN, G., *Tutela jurisdiccional efectiva frente a la Administración*. Universidad de Montevideo. Facultad de Derecho, Montevideo, 2009.
- DELPIAZZO, C.E., “Medidas cautelares frente a la Administración”, en *Anuario de Derecho Administrativo*. F.C.U. Montevideo, 2008, t. XV, p. 63;
- DELPIAZZO, C.E., *Derecho Administrativo General*, vol. 2. Amalio M. Fernández. Montevideo, 2013.
- DURÁN MARTÍNEAZ, A., “La buena administración”, en *Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo*. LA LEY Uruguay. Buenos Aires, 2012.
- DURÁN MARTÍNEZ, A., “Los principios generales del derecho en el derecho administrativo. Aplicación por el legislador, el administrador y el juez”, en *DURÁN MARTÍNEZ, A., Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo*. LA LEY Uruguay. Buenos Aires, 2012.
- DURÁN MARTÍNEZ, A., “Acto de directiva”, en *DURÁN MARTÍNEZ, A., Estudios de Derecho Administrativo...*, pp. 215 y ss.
- DURÁN MARTÍNEZ, A., “Control de los actos administrativos”, en *DURÁN MARTÍNEZ, A., Estudios de Derecho Administrativo - Parte General*. Montevideo, 1999.
- DURÁN MARTÍNEZ, A., “Debilidades actuales del contencioso anulatorio”, en *DURÁN MARTÍNEZ, A., Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo*. LA LEY Uruguay. Buenos Aires, 2012.
- DURÁN MARTÍNEZ, A., “Desarrollo sostenible y derecho administrativo”, en *Interesse Público. Revista Bimestral de Direito Público*. Editora Fórum. Belo Horizonte, 2013, N° 80, pp. 206 y ss.
- DURÁN MARTÍNEZ, A., “En torno al neoconstitucionalismo”, en *DURÁN MARTÍNEZ, A., Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo*. LA LEY Uruguay. Buenos Aires, 2012.
- DURÁN MARTÍNEZ, A., “Formalismo o antiformalismo en el contencioso administrativo”, en *Revista de Derecho*, N° 10. Facultad de Derecho-Universidad Católica del Uruguay. Montevideo, 2014.
- DURÁN MARTÍNEZ, A., “La tutela jurisdiccional efectiva y el contencioso administrativo de anulación en Uruguay”, en *Estudios Jurídicos*. Facultad de Derecho. Universidad Católica del Uruguay. Montevideo, 2014, N° 13, pp. 119 y ss.;
- DURÁN MARTÍNEZ, A., “Responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial”, en *DURÁN MARTÍNEZ, A., Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo*. LA LEY Uruguay. Buenos Aires, 2012.
- DURÁN MARTÍNEZ, A., *Casos de Derecho Administrativo*, vol. IV. Montevideo, 2005.
- DURÁN MARTÍNEZ, A., *Casos de Derecho Administrativo*, vol. I. Universidad Católica del Uruguay -Ingranusi Ltda. Montevideo, 1999.
- DURÁN MARTÍNEZ, A., *Contencioso Administrativo*. 2ª edición actualizada y ampliada. F.C.U. Montevideo, 2015.

LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA  
EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO  
LA POSICIÓN JURÍDICA DEL CIUDADANO

- DURÁN MARTÍNEZ, A., "El control de convencionalidad y el derecho público interno", en *La Justicia Uruguaya*, t. 149. Montevideo, 2014.
- Estudios de Derecho Administrativo*, N° 3. LA LEY Uruguay, 2011.
- FERRAJOLI, L., *Razones jurídicas del pacifismo*. Editorial Trotta. Madrid, 2004.
- FREITAS J., *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. Malheiros Editores. São Paulo, 2009.
- GALERA RODRIGO, S., *Sistema europeo de Justicia Administrativa*. Instituto de Estudios Jurídicos Internacionales. Dykinson S. L. Madrid, 2005.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Democracia, jueces y control de la Administración*. Civitas. Madrid, 2000.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lucha contra las inmunidades del poder*. Editorial Civitas S.A. Madrid, 1995.
- GARCÍA MACHO, R., "Acotaciones a la influencia de la Ley de la Justicia Administrativa alemana en la jurisdicción contencioso-administrativa española", en *ABERASTURY, P., (Coordinador) Ley de la Justicia Administrativa Alemana*. Konrad Adenauer Stiftung. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2009.
- GARCÍA PULLÉS, F.R., *Tratado de lo contencioso administrativo*, t. 2. Hamurabi. Buenos Aires, 2004.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J., "Hacia un código procesal administrativo modelo para Iberoamérica", en *GONZÁLEZ PÉREZ, J./ CASSAGNE, J.C., La justicia administrativa en Iberoamérica*. LEXIS NEXIS. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2005.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El derecho a la tutela jurisdiccional*. 2ª edición. Civitas. Madrid, 1989.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Civitas. Madrid, 1994.
- HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V.R., "Cuarenta años de la historia de las medidas cautelares en el proceso administrativo venezolano", en *Revista de Derecho Público*, N° 30. F.C.U., Montevideo, 2007.
- HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V.R., "Los derechos constitucionales procesales", en *BREWER-CARÍAS, A.R./HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V.R., (Directores), El Contencioso Administrativo y los Procesos Constitucionales*. Editorial jurídica venezolana. Caracas, 2011.
- HUTCHINSON, T., *Derecho Procesal Administrativo*, t.I. Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fe, 2009.
- JINESTA LOBO, E., "Inconstitucionalidad del agotamiento preceptivo de la vía administrativa: la vaciedad de su carácter facultativo", en *Estudios de Derecho Público*, N° 3. LA LEY Uruguay, 2011.
- JINESTA LOBO, E., "Principio general de la justiciabilidad plenaria y universal de la conducta administrativa", en *BREWER-CARÍAS, A.R./PAREJO ALFONSO, L./ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, L. (Coordinadores). La protección de los derechos frente al poder de la Administración. Libro homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*. Temis. AIDA. Tirant lo Blanch. Editorial Jurídica Venezolana. Bogotá, 2014.
- La Justicia Uruguaya*, t. 128. Montevideo, 2003, Caso N° 14.704.
- LABAURE, C., "Contencioso anulatorio y de reparación patrimonial", en *Anuario de Derecho Administrativo*, t. VI. F.C.U. Montevideo, 1998.

- LABAURE, C., “El agotamiento de la vía administrativa y la nueva redacción del art. 312 de la Constitución”, en *Revista de Derecho Público*, N° 13. F.C.U. año 1998.
- LAUHIRAT, S., “Algunos aspectos del proceso contencioso administrativo a la luz de la Convención Americana de Derechos Humanos”, en *TAWIL, G.S. (Director) Derecho Procesal Administrativo*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2011.
- MARTÍN REBOLLO, L., *Leyes Administrativas*. 19ª edición. Thomson Reuters. Aranzadi. Pamplona, 2013.
- MARTINS, D.H., “Algunos aspectos del reparatorio patrimonial”, en *VV.AA., Reflexiones sobre la reforma constitucional de 1996*. F.C.U. Montevideo, 1998.
- MARTINS, D.H., *El Gobierno y la Administración de los Departamentos*, t. II. Segunda edición corregida y ampliada. Montevideo, 2006.
- MEJÍA, H.A., *Manual de Derecho Administrativo*. Editorial Cuscatleca San Salvador, 2014.
- RISSO FERRAND, M., *¿Qué es la Constitución?* Universidad Católica del Uruguay, Dámaso Antonio Larrañaga. Montevideo, 2010.
- SACRISTÁN, E.B., “Medidas cautelares y recurso extraordinario”, en *CASSAGNE J.C., (Director) Amparo, Medidas Cautelares y otros procesos urgentes en la Justicia Administrativa*. Lexis Nexis/UCA Buenos Aires, 2007.
- SAETTONI, M., “La acción reparatoria y la prejudicialidad (art. 312 y D.T. y E.L.)”, en *DURÁN MARTÍNEZ, A., (Coordinador) Reforma constitucional 1997*. Universidad Católica del Uruguay-Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político (Serie Congresos y Conferencias N° 16). Montevideo, 1997.
- SOMMERMANN, K.P., “El papel de la ley alemana de la justicia administrativa para la realización del Estado de Derecho”, en *ABERASTURY, P., (Coordinador), Ley de la Justicia Administrativa Alemana*. Konrad Adenauer Stiftung. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2009.
- TAWIL, G.S., “El plazo para accionar en la instancia contencioso administrativa”, en *TAWIL, G.S. (Director) Derecho Procesal Administrativo*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2011.
- TOBÍA FERNÁNDEZ, J.P./PATRITTI ISASI, M./GÓMEZ LEIZA, J. “Panorama institucional actual del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de la República Oriental del Uruguay”, en *CADE Doctrina & Jurisprudencia*, t. XXX. Montevideo, febrero 2015.
- VARELA, L., *Estudios de Derecho Administrativo, t. I. De lo Contencioso Administrativo. Doctrina General*. Turenne, Varzi, Cía. Editores. Montevideo, 1901.
- VARELA, L., *Estudios de Derecho Administrativo. De lo Contencioso Administrativo, t. II. Ensayo de un Código sobre la materia*. Turenne, Varzi, Cía. Editores. Montevideo, 1906.
- VÁZQUEZ, C., “Novedades en materia de reparación patrimonial por daños causados por acto administrativo, introducidas en virtud de la reforma de 1997”, en *CORREA FREITAS, R.-VÁZQUEZ, C., La reforma constitucional de 1997*. F.C.U. Montevideo, 1997.
- VERAMENDI, E.D., “Los principios generales del proceso administrativo”, en *TAWIL, G.S. (Director) Derecho Procesal Administrativo*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2011.
- VIÑUELA HOJAS, M., “La tutela cautelar de derechos ante la Administración: la realidad chilena”, en *ARANCIBIA MATTAR, J./MARTÍNEZ ESTAY, J.I., (Coordinadores), La primacía de la persona. Estudios en Homenaje al Profesor Eduardo Soto Kloss*. Universidad de los Andes. Legal Publishing. Abeledo-Perrot. Santiago de Chile, 2009.



A DISTINÇÃO ENTRE PROCESSO E PROCEDIMENTO  
ADMINISTRATIVO: CONSEQUÊNCIAS QUANTO AO REGIME  
JURÍDICO E ÀS GARANTIAS DO PROCESSO DISCIPLINAR

Romeu Felipe Bacellar Filho





## **A DISTINÇÃO ENTRE PROCESSO E PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO: CONSEQUÊNCIAS QUANTO AO REGIME JURÍDICO E ÀS GARANTIAS DO PROCESSO DISCIPLINAR**

Romeu Felipe Bacellar Filho<sup>1</sup>

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Distinção entre processo e procedimento administrativo; 2.1. Processo ou procedimento administrativo? Análise das diversas posições doutrinárias; 2.2. Considerações sobre as diferentes posições e tomada de posição pessoal; 2.3. Consequências para a noção de processo administrativo; 3. Configuração constitucional do processo administrativo; 3.1. O processo administrativo como garantia fundamental; 3.2. Garantia fundamental de meios e de resultados: o contraditório e a ampla defesa ; 3.3. Litigantes e acusados no processo administrativo; 4. Configuração constitucional do processo administrativo disciplinar; 5. Conclusões 6. Referências bibliográficas.

### **1. Introdução**

O presente estudo tem por escopo examinar a relação entre processo e procedimento administrativo, e em que medida uma eventual distinção influencia na conformação do regime jurídico conferido ao processo administrativo disciplinar.

Conforme se observará ao longo do trabalho, a doutrina diverge em relação à configuração do fenômeno processual no âmbito do Direito Administrativo, abraçando concepções variadas acerca da sua caracterização como “procedimento” ou como “processo”, circunstância que, na esfera do regime disciplinar dos servidores públicos, resulta em relevantes consequências quanto às garantias que lhes são asseguradas.

Nesse influxo, buscar-se-á distinguir ambas as categorias, emprestando-lhes as definições mais adequadas aos mandamentos constitucionais, exigindo-se, para tanto, a adoção de critérios que guardem conformação aos valores jurídicos essenciais da República Federativa do Brasil: os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana. Pretende-se, assim, examinar as consequências da concepção acolhida para a noção de processo administrativo, bem como as repercussões trazidas ao delineamento constitucional do processo administrativo disciplinar.

---

<sup>1</sup> Romeu Bacellar se graduó en Derecho en la Facultad de Derecho de Curitiba en 1970. En 1974 completó su especialización en Derecho Administrativo en la Pontificia Universidad Católica de São Paulo y en 1997 completó un doctorado en la Universidad Federal do Paraná.

Es profesor titular de Derecho Administrativo en la Universidad Federal do Paraná y en la Pontificia Universidad Católica de Paraná, en cuya Facultad de Derecho ejerció los más altos cargos de gobierno y administración.

Fundó y ejerce la presidencia de un Instituto de Derecho al que asignó el nombre de su padre, Romeu Felipe Bacellar, insigne jurista. Además de su rol docente, ha mantenido una intensa actividad en la Ordem dos Advogados do Brasil y en numerosas asociaciones e instituciones de Derecho Administrativo y de Derecho Público de Brasil e internacionales, ha participado en congresos, jornadas y seminarios de derecho, nacionales e internacionales.

Dirige un exitoso estudio profesional en Curitiba y ha formado en torno a él uno de los grupos de Derecho Administrativo más prestigiosos de Brasil.

## 2. Distinção entre processo e procedimento administrativo

### 2.1. Processo ou procedimento? Análise das diversas posições doutrinárias

Inicialmente, cumpre perquirir as diversas posições doutrinárias acerca da distinção entre processo e procedimento administrativo para, em seguida, tecer considerações sobre os variados entendimentos e manifestar a concepção que será adotada.

Eduardo J. COUTURE compreende o processo a partir de três acepções: (i) como seqüência, é uma ação humana que se projeta no tempo; (ii) como relação jurídica, é um objeto jurídico ideal e (iii) como expediente ou conjunto de documentos, é um objeto físico.<sup>2</sup>

No que tange ao primeiro aspecto, o autor distingue processo de procedimento. Enquanto o procedimento constitui sucessão de atos, no processo esta sucessão orienta-se ao fim da coisa julgada.<sup>3</sup>

O processo é, para o autor, dialético, buscando-se a verdade a partir da exposição da tese, da antítese e da síntese; da ação, da exceção e da sentença. Além de dialético, o debate ordena-se com razoável distribuição de oportunidades às partes ao longo do discurso.<sup>4</sup>

De outro lado, substancia categoria relacionada ao exercício da função jurisdicional, correspondendo a uma sucessão de atos apontada para o fim da coisa julgada<sup>5</sup>, tendo como objetivo a resolução de um conflito de interesses submetido aos órgãos da jurisdição<sup>6</sup>, incorporando garantias constitucionais não aplicáveis ao “debate parlamentar” e à “tramitação administrativa”.<sup>7</sup> Conclui, portanto, pela impropriedade do processo para regular o exercício da função administrativa, já que restrito à função jurisdicional.

Para Jorge Clariá OLMEDO, o processo pode ser compreendido em três matizes: objetivo, subjetivo e teleológico. O aspecto objetivo refere-se à noção dinâmica, que se manifesta na realidade. O subjetivo relaciona-se aos sujeitos dos atos processuais. O teleológico aponta para a efetiva realização do direito substantivo.<sup>8</sup> O processo põe em prática o exercício da função jurisdicional: “*Diremos que mediante el cumplimiento de esos actos en los cuales se objetiva el proceso, por los intervinientes en él, se pone en práctica el ejercicio de la jurisdicción: función jurídica del proceso debidamente*

2 COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1993. p. 123.

3 COUTURE, Eduardo J. *Op. Cit.*, p. 202.

4 COUTURE, Eduardo J. *Idem*, p. 181.

5 COUTURE, Eduardo J. *Idem*, p. 202.

6 COUTURE, Eduardo J. *Idem*, p. 145.

7 COUTURE, Eduardo J. *Idem*, p. 42.

8 OLMEDO, Jorge Clariá. *Derecho Procesal: Conceptos Fundamentales*. t. I. Buenos Aires: Depalma, 1989. p. 129.

*estructurado*”.<sup>9</sup> Por sua vez, o procedimento configura o rito do processo: “*Cuando se habla de procedimiento, cabe entender que nos estamos refiriendo al rito del proceso. Es el curso o movimiento que la ley establece en la regulación de su marcha dirigida a obtener su resultado, adecuándola a la naturaleza e importancia de la causa que tiene por contenido*”.<sup>10</sup>

Gustavo BACACORZO identifica procedimento como seqüência de atos que se resolve mediante ato administrativo.<sup>11</sup> Destarte, todos os poderes estatais, no exercício da função administrativa, exercem-na por meio de um procedimento.<sup>12</sup> O processo, por sua vez, está reservado ao exercício da função jurisdicional: “*Por proceso entendemos la secuencia de actos destinados a lograr una decisión inobjetable de autoridad judicial*”.<sup>13</sup>

Para Juan Carlos CASSAGNE, por seu turno, processo e procedimento têm em comum a circunstância de constituírem o instrumento formal de exercício de uma função estatal. Distinguem-se porque o procedimento administrativo é a forma de exercício da função administrativa. Logo, o procedimento administrativo manifesta-se no âmbito dos três poderes do Estado quando exercitem funções materialmente administrativas. Já o processo corresponde ao desempenho da função jurisdicional que, na Argentina, compete exclusivamente ao Poder Judiciário.<sup>14</sup>

Roberto DROMI entende que o procedimento configura modo de exteriorização da função de poder, manifestando-se como ato de administração, legislação ou jurisdição; sendo legítimo falar-se de um procedimento administrativo, legislativo e judicial.<sup>15</sup> Em especial, o procedimento administrativo designa o conjunto de formalidades que deve cumprir a Administração, no exercício da função administrativa, e os administrados quando participam no exercício daquela.<sup>16</sup> O procedimento administrativo não tem natureza jurisdicional.<sup>17</sup> A denominação processo reserva-se, estritamente, para o processo judicial, contencioso ou voluntário.<sup>18</sup>

9 OLMEDO, Jorge Clariá. *Op. Cit.*, p. 138.

10 OLMEDO, Jorge Clariá. *Op. Cit.*, p. 127-128.

11 O procedimento é “*secuencia de actos que se ejecutan progresivamente dentro de la poliforme actividad del Estado, pero que se resuelve mediante acto administrativo (resolución); no pretendiendo componer el derecho, sino aportar solución programática y pronta, obviamente de naturaleza provisional. El procedimiento es, pues, un discurrir tranquilo, sin los altibajos de la contienda, operando dentro de una inspiración ejecutiva (administrativa) y no de composición de litis*”. Depois, o autor reconhece que em seu país há uma “*infinidad de procedimientos que coexisten, observándose reglas contradictorias*”. BACACORZO, Gustavo. *Ley de Procedimientos Administrativos: Normas Generales*. San Isidro: Universidad Femenina del Sagrado Corazón, 1994. p. 15 e 18.

12 BACACORZO, Gustavo. *Op. Cit.*, p. 16. Do mesmo autor: *Tratado de Derecho Administrativo*. t. II. 2ª ed. Miraflores: Gaceta Jurídica, 1997. p. 126.

13 BACACORZO, Gustavo. *Idem*, p. 15; BACACORZO, Gustavo. *Tratado...*, *Op. Cit.*, p. 127.

14 CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. t. II. 5ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1996. p. 306-307.

15 DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. 6ª ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997. p. 836.

16 DROMI, Roberto. *El Procedimiento Administrativo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996. p. 31. Do mesmo autor: *Derecho Administrativo...*, *Op. Cit.*, p. 836.

17 DROMI, Roberto. *El Procedimiento...*, *Op. Cit.*, p. 85. Do mesmo autor: *Derecho Administrativo...*, *Op. Cit.*, p. 837.

18 Segundo DROMI: “*El proceso administrativo federal está legislado por las leyes 3952, 11.634, 11.683 (t.o.), 12.967, 14.831, 15.265, 18.345, (art.148), LPNA (modificada por la ley 21.686); por el decr. ley 1285/58; por los Códigos de Procedimientos Nacionales. Son procesos diversos y la competencia corresponde a varios órganos judiciales. Esta*

Na doutrina brasileira, Carlos Ari SUNDFELD sustenta que o fenômeno processual não é exclusivo da jurisdição, mas característico das várias funções do Estado. Enquanto modo normal de ação estatal, decorre diretamente da idéia de função.<sup>19</sup> Os atos estatais são precedidos de processo, série de atos e fatos encadeados em seqüência: havendo processo legislativo para as leis, processo judicial para as sentenças e procedimento administrativo para os atos administrativos.<sup>20</sup> O exercício da função administrativa (em sentido material) manifesta-se por meio de um procedimento, o que não significa supressão de garantias constitucionais por inaplicabilidade do processo.<sup>21</sup>

Alberto XAVIER considera o processo como um fenômeno geral do direito revelado em variados setores da ordem jurídica. Refere-se ao processo legislativo na sucessão de formalidades que conduz à elaboração da lei, ao processo jurisdicional no conjunto de formalidades que, a partir da petição inicial, leva à edição da sentença, e ao processo administrativo na sucessão de trâmites como a abertura de um concurso, publicação de anúncios, etc.<sup>22</sup> Para o autor, processo e procedimento administrativo informam a mesma realidade no sistema de Direito Administrativo de tipo judiciário, entretanto, o uso consagrou a expressão procedimento administrativo. Deduz, portanto, que nos sistemas de inspiração francesa, alude-se a processo administrativo gracioso em face do processo judicial, desenvolvido perante os tribunais do contencioso administrativo.<sup>23</sup>

Para Marcello CAETANO, processo e procedimento são termos sinônimos: ambos referem-se a uma sucessão ordenada de formalidades preestabelecidas tendentes à formação ou à execução da decisão de um órgão, de uma pessoa jurídica de direito público.<sup>24</sup>

Manoel de OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO foi precursor, no direito brasileiro, da defesa do fenômeno processo como termo geral, presente no exercício de todas as funções estatais: administrativa, judicial ou legislativa. Já em 1971, lecionava que “o processo possui um conceito próprio que não escapa ao conhecimento do Direito Administrativo”.<sup>25</sup> Tomando por base a lição de VILLAR ROMERO, referiu-se ao processo administrativo e judicial, distintos pelo órgão jurisdicional ou não a que servem como molde de atuação.<sup>26</sup> Trata-se de distinção fixada “na finalidade e nos meios, nos propósitos e jurisdição peculiar, na esfera de direitos que não se confundem pelas legislações que os distinguem”.<sup>27</sup>

---

diversidad pone de manifiesto la necesidad de unificar la regulación procesal a través de un Código Procesal Administrativo nacional”. DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo...*, Op. Cit., p. 901.

19 SUNDFELD, Carlos Ari. A Importância do Procedimento Administrativo. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 84, out./dez. 1987. p. 66-67.

20 SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 90.

21 SUNDFELD, Carlos Ari. A Importância..., Op. Cit., p. 73.

22 XAVIER, Alberto. *Do Procedimento Administrativo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 134.

23 XAVIER, Alberto. Op. Cit., p. 134.

24 CAETANO, Marcello. *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 511.

25 FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Introdução ao Direito Processual Administrativo*. São Paulo: RT, 1971. p. 102.

26 FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. Op. Cit., p. 103.

27 FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. Op. Cit., p. 108.

Segundo este autor, “por sua própria natureza e forma, o processo administrativo é categoria especial do gênero processo, alcançando autonomia diante do Direito Processual, aparecendo como típico e inconfundível, porque marcado por ritos e fins que o singularizam”.<sup>28</sup> Em segundo lugar, defende a diferença entre processo e procedimento administrativo visto que “com o avanço progressivo do pensamento doutrinário harmonizado com a vida dos direitos, deixou de ser supérflua a separação, de fato existente e realística, entre os institutos do processo e do procedimento”.<sup>29</sup> O procedimento administrativo configura “ato-procedimento”, enquanto o processo, uma sucessão de atos interligados pela finalidade.<sup>30</sup> Naquele, os atos são unilaterais, enquanto no processo há um confronto, um litígio, colocando em choque distintos interesses e entendimentos que envolvem a Administração.<sup>31</sup>

Conforme Sérgio de ANDRÉA FERREIRA, tanto o fenômeno do processo quanto do procedimento estão presentes na esfera administrativa. Em sentido amplo, processo identifica-se com procedimento, abarcando as formalidades para prática de quaisquer fatos e atos administrativos. Em sentido estrito, processo configura conjunto ordenado de atos ou fatos administrativos direcionados à solução de uma controvérsia ou resposta a uma pretensão ou pedido.<sup>32</sup>

Para Elio FAZZALARI, a identificação e redução do fenômeno do processo para o campo do exercício da função jurisdicional redundam numa questão histórica, pois além do processo ter se desenvolvido, primeiramente, no seio da jurisdição, ela, ainda hoje, apresenta o modelo processual de maior destaque e atenção dispensada à sua regulamentação. No entanto, isto não autoriza a identificação ou limitação do processo à jurisdição.<sup>33</sup> O processo substancia seqüência ordenada de atos dirigidos a um ato final, com a participação dos interessados, ou seja, daqueles que terão sua esfera jurídica atingida pela eficácia do ato; sendo empregado não somente no exercício da função jurisdicional, mas também, da atividade administrativa.<sup>34</sup> Logo, o procedimento é o gênero e o processo a espécie, distinto daquele pela participação em contraditório<sup>35</sup>:

Em geral, tende a difundir-se o fenômeno da participação dos interessados no *iter* de formação do provimento (entendendo-se por interessados aqueles em cuja esfera o ato está destinado a incidir); mais precisamente, o fenômeno da participação daqueles cujo patrimônio o provimento está destinado a surtir efeitos na fase de reconhecimento dos pressupostos do mesmo: de

28 FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. O Processo Administrativo nos Pressupostos de Positividade Jurídica. *Arquivos do Ministério da Justiça*, Rio de Janeiro, n. 141, jan./mar. 1977. p. 31.

29 FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. O Processo Administrativo..., *Op. Cit.*, p. 27.

30 FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 280.

31 FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. O Processo Administrativo..., *Op. Cit.*, p. 24.

32 FERREIRA, Sérgio de Andréa. A Garantia da Ampla Defesa no Direito Administrativo Processual Disciplinar. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 19, jan./mar. 1972. p. 60.

33 FAZZALARI, Elio. Processo: Teoria Generale. *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, v. XIII, 1966. p. 1069.

34 FAZZALARI, Elio. *Op. Cit.*, p. 1068-1069.

35 FAZZALARI, Elio. *Idem*, p. 1069.

modo que os seus autores possam e devam ter conhecimento também dos resultados das atividades por eles desenvolvidas. Esta participação, como acenado no princípio, representa característica necessária do processo, ainda que não esgote o seu perfil (se verá mais adiante que a noção de processo é identificada através de como ocorre tal participação).<sup>36</sup> (*traduzido*)

Cândido RANGEL DINAMARCO, na esteira de Elio FAZZALARI, anota que o procedimento é “*um sistema de atos interligados numa relação de dependência sucessiva e unificados pela finalidade comum de preparar o ato final de consumação do exercício do poder*”.<sup>37</sup> Por sua vez, o procedimento manifesta-se como processo quando adicionada a cooperação de sujeitos, sob a ótica do contraditório.<sup>38</sup> Compartilham do mesmo entendimento Odete MEDAUAR,<sup>39</sup> Luiz Guilherme MARINONI<sup>40</sup>, Paulo Celso BERGSTROM BONILHA<sup>41</sup> e Álvaro Ricardo de SOUZA CRUZ.<sup>42</sup>

## 2.2. Considerações sobre as diferentes posições e tomada de posição pessoal

O procedimento configura requisito essencial da atividade estatal, pois constitui forma de exteriorização de competência.<sup>43</sup> Mesmo os atos administrativos relativamente simples envolvem uma seqüência de atos direcionados a um ato final.<sup>44</sup>

O procedimento administrativo não se confunde com o ato complexo, mas conjunto de atos vinculados pela mesma finalidade.<sup>45</sup> Cada um dos atos possui individualidade

36 FAZZALARI, Elio. *Idem*, p. 1069.

37 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 131.

38 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. Cit.*, p. 67.

39 MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 40-41.

40 MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil: o Acesso à Justiça e os Institutos Fundamentais do Direito Processual*. São Paulo: RT, 1993. p. 156.

41 Paulo Celso BERGSTROM BONILHA afirma a adoção do conceito de processo administrativo, tal qual colocado por Cândido Rangel Dinamarco. BONILHA, Paulo Celso Bergstrom. *Da Prova no Processo Administrativo Tributário*. São Paulo: LTR, 1992. p. 72-73.

42 “Assim, processo não pode mais ser entendido como instrumento de exercício da jurisdição e procedimento como mecanismo específico de sucessão de atos processuais. Na moderna doutrina processual (Aroldo Plínio GONÇALVES, FAZZALARI e CATTONI DE OLIVEIRA), processo é espécie de procedimento no qual se garante o contraditório e a simétrica participação das partes. Processo é um procedimento onde se garante a participação das partes.” CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Processo constitucional e a efetividade dos direitos fundamentais. In: José Adércio Leite Sampaio; Álvaro Ricardo de Souza Cruz (coord.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 228.

43 “Cada función del poder (administrativa, legislativa y judicial) tiene un modo de exteriorización conocido como ‘procedimiento’ propio y específico que tiene a su cargo la misión de traducir en la existencia la voluntad de poder, en forma de acto de ‘administración’, ‘legislación’ o ‘jurisdicción’”. DROMI, Roberto. *El Procedimiento... Op. Cit.*, p. 30.

44 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 285.

45 Lafayette PONDÉ distingue processo de ato complexo. A lição pode ser aproveitada para a distinção entre procedimento e ato complexo. O autor conceitua ato complexo e ato colegial como aqueles em que “cada um deles é um ato único, indivisível, embora na sua formação se destaquem os seus momentos estruturais, um dos quais faltando ele não existe”. Já o processo é uma “seriação de atos, cada qual de uma categoria jurídica. O defeito ou a falta de um ou mais deles não obstam a sua existência, ainda que o possam viciar. Cada um é um ato perfeito, no sentido de ser constituído de seus elementos de formação; e todos se articulam e se coordenam como exercício da função administrativa para emissão de um ato final da administração”. PONDÉ, Lafayette. Considerações sobre o Processo Administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 130, out./dez. 1977. p. 1-2. Renato ALESSI destaca que “a característica distintiva do procedimento propriamente dito, é, pelo contrário, o fato de que todos os elementos, todas as manifestações de atividades que o compõe, vêm posto em ação em função da realização de um interesse substancial unitário, mediante uma unitária manifestação externa de um poder e, portanto, de um único provimento”. (*traduzido*) ALESSI, Renato. *Principi di Diritto*



jurídica própria, e, por essa razão, são suscetíveis de impugnação.<sup>46</sup>

Quando à competência adiciona-se a colaboração de sujeitos e contraditório, o procedimento expressa-se como processo. O processo administrativo é modalidade de “exteriorização da função administrativa” (procedimento administrativo)<sup>47</sup> qualificado pela participação dos interessados em contraditório, imposto diante da circunstância de se tratar de procedimentos celebrados em preparação a algum provimento (ato de poder imperativo por natureza e definição), apto a interferir na esfera jurídica das pessoas. Concorde-se com Cândido RANGEL DINAMARCO para quem “*onde o exercício do poder não conduz a decisões que sob a forma de provimentos interfiram na esfera jurídica de pessoas, a ordem social e política tolera os procedimentos sem contraditório*”.<sup>48</sup>

Pondera José Fernando CEDEÑO DE BARROS:

procedimento constitui-se em uma série de formalidades a serem seguidas, ritos, que antecedem a decisão administrativa, sem, todavia, resultar no nascimento de qualquer obrigação ou sanção. A expressão processo, por sua vez, abarca todos os procedimentos – revisivos, sancionatórios ou disciplinares – que implicam para o administrado uma obrigação ou uma sanção, sendo imprescindível, pois, para que prosperem, que se realizem sob a égide do devido processo legal.<sup>49</sup>

Na esteira desse pensamento, Marcelo CAMPOS GALUPPO defende:

É interessante que a teoria do processo como procedimento de Elio Fazzalari indica na mesma direção. Quando este processualista define o processo como

---

*Amministrativo*: i Soggetti Attivi e L'Esplicazione della Funzione Amministrativa. t. I. 4ª ed. Milano: Giuffrè, 1978. p. 358.  
46 CASSAGNE, Juan Carlos. *Op. Cit.*, p. 309. Nesse sentido, também, Roberto DROMI, para quem o procedimento integra uma unidade formal dado o conjunto de atos coordenados entre si e uma unidade teleológica à medida que estes atos dirigem-se a um determinado fim: a preparação da vontade administrativa. DROMI, Roberto. *El Procedimiento...*, *Op. Cit.*, p. 32.

47 A expressão “procedimento como exteriorização da função administrativa” foi tomada por empréstimo de Lúcia Valle FIGUEIREDO. A autora admite, todavia, o procedimento como forma específica de desenvolvimento também das funções judicial e legislativa. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Op. Cit.*, p. 285.

48 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. Cit.*, p. 133.

49 BARROS, José Fernando Cedeño de. *Aplicação dos Princípios Constitucionais do Processo no Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 70. Confira-se decisão do Supremo Tribunal Federal: “ATO ADMINISTRATIVO. REPERCURSÕES. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE. SITUAÇÃO CONSTITUÍDA. INTERESSES CONTRAPOSTOS. ANULAÇÃO. CONTRADITÓRIO. Tratando-se da anulação de ato administrativo cuja formalização haja repercutido no campo de interesses individuais, a anulação não prescinde da observância do contraditório, ou seja, da instauração de processo administrativo que enseje a audição daqueles que terão modificada situação já alcançada. Presunção de legitimidade do ato administrativo praticado, que não pode ser afastada unilateralmente, porque é comum à Administração e ao particular”. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 158543/RS. Relator: Ministro Marco Aurélio. 2ª Turma. 30 ago. 1994. *Diário de Justiça da União*, Brasília, v. 1803, n. 4, p. 767, 6 out. 1995, p. 33135. Na mesma linha, julgado do Superior Tribunal de Justiça: “Administrativo. Ensino Superior. Jubilamento. Inobservado pela recorrente o devido processo legal, não facultando aos recorridos, no procedimento administrativo, ampla defesa, correto está o acórdão concessivo da segurança, anulando o ato impugnado”. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 3813/CE. Relator: Ministro Americo Luz. 2ª Turma. 12 fev. 1992. *Diário de Justiça da União*, Brasília, p. 2562, 9 mar. 1992.

o procedimento realizado em contraditório entre as partes, ou seja, aquele procedimento em que as partes participam, em igualdade de condições, da elaboração do provimento final, vez que autor e réu intervêm em simétrica paridade na formação do convencimento, ele revela que as partes são também, em certo sentido, tão autores da sentença quanto o juiz. Isto indica, por sua vez, que o sentido da norma jurídica e a definição de qual norma regula um determinado caso só se revelam plenamente quando os envolvidos participam desse discurso de aplicação. Portanto, não se pode legitimamente, em um processo constitucional, prescindir-se das partes envolvidas (ou seja, de todos aqueles sobre quem se aplicarão as conseqüências da decisão) na revelação do sentido da Constituição.<sup>50</sup>

De procedimentos administrativos podem resultar processos administrativos desde que caracterizada situação demandante de participação dos interessados em contraditório.<sup>51</sup> Saliente-se que o emprego de noções categoriais como processo ou procedimento administrativo não está calcado em questão abstraída do sistema jurídico brasileiro. Não se trata de tomar a posição mais justa ou mais conveniente à ideologia do intérprete. Funda-se, mormente, no texto constitucional. Afinal, o art. 5º, inciso LV da CF<sup>52</sup> junte o conceito de processo administrativo a litigantes e acusados, sob a égide do contraditório e da ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes<sup>53</sup>.

A opção constitucional pelo “processo administrativo” ultrapassa as fronteiras de uma mera preferência terminológica. Comporta o reconhecimento expresso da exigência do regime jurídico processual nas atividades administrativas delimitadas pela Carta Magna.<sup>54</sup> Muito antes, o Código de Processo Civil de 1973 já apontava para tal orien-

50 GALUPPO, Marcelo Campos. Hermenêutica constitucional e pluralismo. In: José Adércio Leite Sampaio; Álvaro Ricardo de Souza Cruz (coord.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 63.

51 Segundo Manoel de OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, “de procedimentos administrativos, podem resultar processos administrativos. As impugnações e os recursos, formando relação jurídica, criam o contraditório, obrigando a Administração como parte a aceitar o conflito, a admitir o fato contencioso”. FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 281.

52 “Art. 5º. (...) LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

53 “Sem contraditório, nenhum processo ¼ é já uma determinação constitucional”. BORGES, José Souto Maior. *O contraditório no processo judicial: uma visão dialética*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 70.

54 Conferir, sobretudo, art. 5º, LXXII: “Conceder-se-á *habeas data*: (...) b) para retificação de dados quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo”; art. 37, XXI: “Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante *processo de licitação pública* (...)”; art. 41, § 1º, II: “O servidor público estável só perderá o cargo mediante *processo administrativo* em que lhe seja assegurada ampla defesa” (de acordo com a Emenda Constitucional nº 19, 1998). Como se verá adiante, a Emenda Constitucional nº 19/1998 não seguiu a orientação terminológica do poder constituinte originário. Por ora, cumpre mencionar o “*procedimento de avaliação periódica de desempenho assegurada ampla defesa*” (art. 41, § 1º, III). Onde há garantia de ampla defesa, o molde de atuação da Administração deve ser o processo administrativo com a dimensão fornecida pelo art. 5º, inciso LV. Adroaldo FURTADO FABRÍCIO, a seu turno, entende que tal concepção de processo constitui “sugestão” da doutrina moderna: “Falamos, pois, de procedimento no sentido em que o direito legislado emprega a palavra, significando *forma de proceder*. Não rejeitamos a sugestão da doutrina moderna no sentido de que ‘todo poder se exerce mediante um procedimento, caracterizando-se este como processo, desde que seja feito em contraditório’. Mas essa é, certamente, uma outra acepção, baseada em premissas metodológicas diversas daquelas do legislador do CPC, e pois, inadequadas à sua exegese: nessa perspectiva, seria necessário admitir-se que toda atividade estatal se traduzisse em procedimentos, alguns pro-

tação no Título II do Livro IV – “Dos Procedimentos Especiais de Jurisdição Voluntária”.<sup>55</sup>

### 2.3. Consequências para a noção de processo administrativo

Dos argumentos jurídicos colacionados, afirma-se, primeiramente, que (i) todo processo é procedimento<sup>56</sup>, porém a recíproca não é verdadeira: nem todo procedimento converte-se em processo.<sup>57</sup> Ora, nem sempre o exercício da competência envolve a atuação de interessados sob a incidência do contraditório e ampla defesa.<sup>58</sup>

A segunda assertiva é: (ii) a relação entre procedimento e processo administrativo é a de gênero e espécie. Deriva deste entendimento a possibilidade de identificação de um regime jurídico processual que, sem perder de vista as exigências do regimento procedimental (processo é procedimento também), apresente características próprias. Conforme Lúcia VALLE FIGUEIREDO, a diferenciação é relevante para “efeito de aplicabilidade de princípios específicos”.<sup>59</sup>

A terceira, comporta a adoção da processualidade ampla: (iii) o processo não se encontra restrito ao exercício da função jurisdicional.<sup>60</sup> Um dos primeiros a defender

cessuais, outros não”. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Justificação Teórica dos Procedimentos Especiais. *Revista Forense*, v. 330, abr./mai./jun. 1995. p. 4-5.

55 Observe-se a justa colocação de Adroaldo FURTADO FABRÍCIO: “Há um trecho do citado Código onde se usa com exclusividade a palavra ‘procedimento’, sem jamais aludir a ‘processo’ ou ‘ação’: o Título II do mesmo Livro IV, relativo à chamada jurisdição voluntária ou graciosa. Esse é um indicativo claro de que o legislador optou por uma diferenciação nítida entre os conceitos: com efeito, em se tratando de ‘processo’ sem contraditório e sem partes, embora se haja tomado o partido, por razões históricas, de manter essas figuras paraprocessuais no Código, o mínimo a fazer-se era deixar clara a natureza atípica das mesmas. A inexistência aí de processo autêntico, concebido como *actus trium personarum*, com pressuposto na lide, obriga a admitir que só se trata de procedimento, não de processo. Bem por isso, aliás, os textos submetidos àquele Título nunca aludem a *partes*, mas só a *interessados*”. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Op. Cit.*, p. 4. Ressalva seja feita: segundo orientação já esposada, o conceito de processo não exige a presença do *actus trium personarum*, e sim, do contraditório. Calha, a propósito, uma advertência. A conclusão aventada no texto — do apontamento do Código de Processo Civil anterior à Constituição Federal sobre o conceito de processo atrelado a contraditório — não é compartilhada pelo autor em comentário. Pelo contrário, como se lê na nota de rodapé anterior, a aceção está baseada “em premissas metodológicas diversas daquelas do legislador do CPC”.

56 A compreensão do processo como procedimento pressupõe a exigência de institucionalização do método (do caminho a ser percorrido). Este caminho, obrigatoriamente, deve estar regulado porque, enquanto procedimento, implica certa dose de estabilidade: as partes envolvidas não podem improvisar.

57 “Todavia, reparos se façam à doutrina tradicional. Não cabe mais a exaustiva distinção histórica entre processo, como ele é na realidade jurídica, e o procedimento, como um aspecto apenas do fenômeno processual. Já que o processo constitui uma forma especial de lide, o procedimento integra-se nele nas diferentes fases preparatórias, de instrução e de julgamento (...). Numa operação que é de lógica jurídica programática, o procedimento administrativo resulta de elementos heterogêneos que podem ou não se constituir no processo administrativo (...). Tanto isso é correto que os procedimentos ou os atos que deles fluem, podem não gerar contestação nem provocar contendas. Conquanto, estabelecido o confronto, no processo instruído até final decisão, os trâmites exigem, para o esclarecimento da verdade, razões e provas que levam a julgamento de justiça”. FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. O Processo Administrativo nos Pressupostos de Positividade Jurídica. Arquivos do Ministério da Justiça, Rio de Janeiro, n. 141, jan./mar. 1977. p. 22 e 24-25.

58 Cândido RANGEL DINAMARCO averba que “nem todo procedimento é processo, mesmo tratando-se de procedimento estatal e ainda que de algum modo possa envolver interesses de pessoas. O critério para a conceituação é a presença do contraditório”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. Cit.*, p. 133.

59 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Op. Cit.*, p. 287.

60 CARNELUTTI já asseverava que a sinonímia entre função processual e função jurisdicional implica imperfeição de linguagem e de pensamento que a ciência do processo deve corrigir. CARNELUTTI, Francesco. *apud* COTRIM NETO, A. B. Do Contencioso Administrativo e do Processo Administrativo: no Estado de Direito. *Revista de Informação Legislativa*,

esse postulado no Direito Administrativo brasileiro foi o Professor Manoel de OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO. Já na década de setenta, o mestre encarava o processo como forma de desenvolvimento da função administrativa, jurisdicional ou legislativa.<sup>61</sup> Como assinala Odete MEDAUAR, “a adjetivação, dessa forma, permite especificar a que âmbito de atividade estatal se refere determinado processo”.<sup>62</sup>

Os processos são jurisdicionais ou não, conforme se trate do exercício do conjunto de atividades denominada jurisdição ou de outra manifestação do poder estatal. Segundo Elio FAZZALARI:

Em definitivo, resulta confirmada a possibilidade e legitimidade teórica do emprego do módulo do processo fora do campo da jurisdição. Assim, no desenvolvimento das atividades administrativas e daquelas de jurisdição voluntária, ao lado do procedimento (que é a forma mais freqüente de seu exercício), põe-se, em casos muito menos numerosos, mas não menos importantes, o processo.<sup>63</sup> (*traduzido*)

A resistência ao uso da expressão “processo” para identificar a processualidade administrativa advém do receio de confusão com o processo jurisdicional.<sup>64</sup> De outro lado, a força da tradição do processo jurisdicional impede a aceitação da ocorrência do fenômeno em outros campos de manifestação do poder estatal, o que não deixa

---

Brasília, n. 95, jul./set. 1987. p. 154-155. Nesse sentido, oportunas as lições de DINAMARCO: “Diz-se que o processo é todo procedimento realizado em contraditório e isso tem o mérito de permitir que se rompa com o preconceituoso vício metodológico consistente em confiná-lo nos quadrantes do ‘instrumento da jurisdição’; a abertura do conceito de processo para os campos da jurisdição voluntária e da própria administração ou mesmo para fora da área estatal constitui fator de enriquecimento da ciência ao permitir a visão metodológica dos seus institutos além dos horizontes acanhados que as tradicionais posturas introspectivas impunham. O fascínio que acompanha essa colocação está ligado, aliás, ao importante sinal metodológico que contém e que é a visão do processo mesmo (como instituto jurídico) e do sistema processual a partir de um ângulo externo, ou seja, a partir de uma exigência política formulada a nível constitucional”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. Cit.*, p. 132.

61 “Adotando da idéia de processo uma noção fundamental, entenda-se por *processo* toda a série de atos que se desenvolvem, com a finalidade de atingir um determinado resultado. No *judicial*, o que importa, nas espécies e na jurisdição, é o *modus faciendi* dos atos forenses, a sistematização dos procedimentos, as técnicas para a eficaz aplicação do direito, os trâmites necessários que levam à prestação da sentença. No *legislativo*, o importante, sobretudo na ordenação, são aqueles atos que somados produzem as leis, depois de apreciados por órgãos competentes, aprovados quanto à juridicidade e votados para efeito de sanção constitucional. No administrativo, o peculiar reside na formação do processo, em certas regras ou princípios que permitem a participação de interessados na discussão da vontade administrativa, marcada a intenção de impugnação das decisões formalizadas”. FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 277. Nesse sentido, FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Op. Cit.*, p. 285. Julio Rodolfo COMADIRA acrescenta que a tese da processualidade ampla esclarece a posição institucional dos órgãos do Estado e favorece a defesa dos administrados. COMADIRA, Julio Rodolfo. Algunas reflexiones sobre el procedimiento administrativo. *Boletín del Instituto de Derecho Administrativo Profesor Rafael Bielsa*, Buenos Aires, n. 5, 1972. p. 51.

62 MEDAUAR, Odete. *Op. Cit.*, p. 41.

63 FAZZALARI, Elio. *Op. Cit.*, p. 1074.

64 Carlos Ari SUNDFELD teme que o próprio Estado utilize-se desta terminologia para substituir o processo judicial pelo administrativo quando a Constituição reclama o primeiro. SUNDFELD, Carlos Ari. A Importância do Procedimento Administrativo. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 84, out./dez. 1987. p. 73. Na Itália, a doutrina de FAZZALARI encontra vários focos de resistência. Por exemplo, para BARTOLI, o processo administrativo manifesta-se no exercício da função jurisdicional, no seio da jurisdição administrativa. BARTOLI, Eugenio Cannada. *Processo Amministrativo: Considerazioni Introduttive. Novissimo Digesto Italiano*, Torino, v. XIII, 1966. p. 1077.

de ser uma renitência injustificada.<sup>65</sup> Cândido RANGEL DINAMARCO pondera que “o processualista tem o hábito de considerá-lo exclusividade sua, deixando à jurisdição voluntária e ao Direito Administrativo, não sem desdém, o uso do nome procedimento (frequentemente acompanhado do adjetivo mero: ‘mero procedimento’), como se o processo não fosse também, antes de tudo e substancialmente, um procedimento”.<sup>66</sup>

Força convir a exurgência de quarta consequência: (iv) da aceitação de que o processo representa instrumento constitucional de atuação de todos os poderes estatais, resulta a formação de um núcleo constitucional comum de processualidade ao lado do diferenciado.<sup>67</sup>

Odete MEDAUAR conclui: “Portanto, a idéia de um núcleo comum de processualidade não é incompatível com a existência de particularidades em cada tipo de processo, decorrentes sobretudo da modalidade de função a que se vincula”.<sup>68</sup>

O núcleo comum de processualidade possibilita, sem excluir o risco apontado por Carlos Ari SUNDFELD, a aproximação entre processo administrativo e judicial, para que aquele aproveite a construção doutrinária processual fixada na concepção do processo como garantia constitucional.<sup>69</sup> Se o agir administrativo deve exercitar-se, em certos casos, nos moldes do processo, extrai-se a possibilidade da ampliação das garantias processuais para mais um quadrante do poder estatal.<sup>70</sup>

65 Esta atitude pode ser rotulada perfeitamente como um “misonismo exegético”, ou seja, uma “interpretação retrospectiva” que “avessa às inovações de uma Constituição continua a decidir, na sua vigência, como se nada houvesse mudado”. As expressões foram retiradas de voto do Ministro Celso de MELLO. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 210917-RJ. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. *Diário de Justiça da União*, 18.6.2001.

66 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. Cit.*, p. 70. Esta posição não é exclusiva dos processualistas. Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, embora admita as vantagens no uso da expressão processo administrativo, prefere, por razões de tradição, manter em sua obra o vocábulo procedimento administrativo. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 318.

67 Maria Sylvia Zanella DI PIETRO aventa a possibilidade de uma teoria geral do processo, aplicada ao processo judicial, administrativo e legislativo. Tal teoria está relacionada ao processo em sentido amplo, enquanto “série de atos coordenados para a realização dos fins estatais” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 1997. p. 395). Entretanto, quando aludimos ao núcleo comum de processualidade, não vislumbramos a teoria geral do processo de Maria Sylvia Zanella DI PIETRO: o seu conceito de processo em sentido amplo equivale, para nós, ao procedimento. A tese fica mais clara no decorrer do nosso *Processo Administrativo Disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 2003, quando nos posicionarmos em relação aos princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar. Saliente-se a visão de Manoel de Oliveira FRANCO SOBRINHO sobre a possibilidade de unidade principiológica entre o procedimento civil e o administrativo: “A sujeição dos órgãos administrativos ao Direito é uma consequência dos sistemas jurídicos e da ordem constitucional; os mesmos princípios que se aplicam no procedimento civil podem ser aplicados no procedimento administrativo, apenas com reserva da jurisdição”. FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. Introdução à Teoria da Prova Administrativa. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 21, jul./set. 1972. p. 34.

68 MEDAUAR, Odete. *Op. Cit.*, p. 46.

69 A assertiva não é estranha à nossa jurisprudência. Cite-se decisão de 1952 do Supremo Tribunal Federal: “Concurso em que não teria sido, na preleção, esgotado o prazo regulamentar. ‘Quorum’ para julgamento em concursos para professor de estabelecimento de ensino superior. Atribuição do Conselho Universitário. Nulidade em processo administrativo. *Aplicação supletiva de princípios que dominam o processo civil*”. Supremo Tribunal Federal. Concurso. Mandado de Segurança n. 1639/MG. Relator: Ministro Mario Guimarães. 20 ago. 1952. *Diário de Justiça da União*, Brasília, v. 120, n. 1, p. 42, 9 abr. 1953, p. 3702.

70 Sérgio FERRAZ já denunciava, antes da CF de 1988, a “barbaridade” da convicção generalizada de que as garantias constitucionais reconhecidas ao processo judicial não seriam aplicáveis ao processo administrativo: “Esta barbaridade, que não encontra amparo ou apoio em qualquer prescrição constitucional e em qualquer autor sério, merece detida e

A possibilidade do núcleo comum de processualidade resulta da percepção de que a unidade dos fundamentos do direito público justifica, dogmaticamente, a analogia de soluções para problemas comuns.<sup>71</sup> O núcleo diferenciado persiste como decorrência das características de cada função. Como exemplo, cite-se a impossibilidade de coisa julgada administrativa: o sistema brasileiro adota o princípio da universalidade da jurisdição ou da inafastabilidade do Judiciário.<sup>72</sup> Cândido RANGEL DINAMARCO assevera:

Dentre os processos administrativos, que igualmente constituem canal para exercício do poder estatal, há os que mais se aproximam do jurisdicional, em suas formas e garantias (notadamente o processo disciplinar). Resta sempre, todavia, o valor conceitual e metodológico decorrente da diferença entre a função jurisdicional e as outras estatais. O processo administrativo não é necessariamente caracterizado ou regido pela inércia do órgão que o conduz, nem pela existência de pessoas em posições conflitantes e sob a autoridade do Estado como diretor imparcial da atividade de todos, “desinteressado” do resultado do que vier.<sup>73</sup>

---

efetiva atenção por parte de todos nós, porém muito mais do que isso, merece denúncia, e sobretudo, um esforço de construção, doutrinária e legislativa, a que estamos todos nós desafiados”. FERRAZ, Sérgio. Instrumentos de Defesa do Administrado. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 165, jul/set. 1986. p. 13. É um pensamento que, do ponto de vista da posição ideológica, procura prevenir a lesão, evitando o processo judicial e o desgaste social. As garantias do processo judicial não são afastadas, nem se visa substituir o processo administrativo pelo judicial, mas estender o regime do processo para o agir administrativo, decorrendo a desnecessidade efetiva e prática de pedir socorro ao Judiciário. Esta tendência é verificada principalmente na Europa onde, conforme Bernardo Giorgio MATTARELLA, a tutela do interessado no procedimento administrativo faz-se imprescindível em face da insuficiência da tutela jurisdicional frente à Administração comunitária, observada a dificuldade do Juiz nacional no tratamento das complexas questões relativas ao confronto entre interesses e dificuldade na individualização de uma hierarquia. MATTARELLA, Bernardo Giorgio. La Tutela Degli Interessati nel Procedimento Amministrativo: un Convegno sull’ Esperienza Europea. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milano, n. 3, 1996. p. 885. Juarez FREITAS, ao comentar o pensamento de Norberto BOBBIO, coloca como um de seus méritos a concepção de Direito que toma em linha de consideração as mudanças funcionais do Estado Contemporâneo, caminhando para funções mais regulativas do que repressivas (isto nas democracias avançadas) apesar dos choques entre liberdades. FREITAS, Juarez. Funcionalismo e Estruturalismo: Diálogo com o Pensamento Jurídico de Norberto Bobbio. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 53, nov. 1991. p. 47-48.

71 Confira-se a lição de Alberto RAMÓN REAL: “La remisión a los fundamentos de las leyes análogas (las procesales) en estos casos resulta de la generalidad de ciertos principios básicos de derecho inherentes a la personalidad humana y la forma republicana de gobierno (art. 72 Const.) que fundan las mismas soluciones, por las mismas razones, para distintas ramas del orden jurídico. La unidad de los fundamentos del derecho público justifica dogmáticamente esta analogía de soluciones para problemas semejantes”. RAMON, Alberto Real. Fundamentación del Acto Administrativo. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 62, abr./jun. 1982. p. 12.

72 Em sentido aparentemente diverso, Athos Gusmão CARNEIRO defende que quando o Tribunal de Contas julga as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos, tal julgamento impõe-se ao Poder Judiciário no que concerne ao aspecto contábil, sobre a regularidade da própria conta, de forma que o julgado do Tribunal de Contas constitui prejudicial no juízo penal da qual o juiz não pode se afastar, pois elemento de fato necessário à tipicidade do crime. Tratar-se-ia, para o autor, de modalidade de jurisdição anômala admitida pelo direito brasileiro. CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 14-15.

73 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. Cit.*, p. 65. Na década de cinqüenta, dissertando sobre o procedimento administrativo na Itália, SANDULLI suscitava a proximidade do procedimento administrativo disciplinar com o jurisdicional: “Aquilo que todavia aqui importa pôr em relevo, de todo modo, é que, no campo do Direito Administrativo, verifica-se toda uma vasta gama de modos diversos, mais ou menos complexos, de regulamentação jurídica do procedimento. Inicia-se naqueles casos em que — como na circunstância de urgência — toda dificuldade processual aparece por uma inevitável exigência do interesse público, deixado necessariamente de lado; e termina como nos procedimentos disciplinares em que as formalidades são tão intensas, que não permitem advertir a diferença com o procedimento jurisdicional”. (*traduzido*) SANDULLI, Aldo M. *Il Procedimento Amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1959. p. 88.

Novamente, o núcleo comum é constitucional e pressupõe, mesmo no patamar da Constituição, o núcleo diferenciado derivado da função jurisdicional ou administrativa e do objeto de cada processo. Todavia, antes de ser legislativo, jurisdicional ou administrativo, o processo tem uma identidade constitucional. Antecedendo qualquer consideração, se uma função estatal é exercitada por meio de um processo — seja ela qual for ou quais sejam os objetivos a serem alcançados — é porque nela devem estar presentes o contraditório e a ampla defesa.<sup>74</sup>

Como bem retrata Álvaro Ricardo de SOUZA CRUZ:

A visão procedimentalista da Constituição impõe novas perspectivas no processo constitucional, como assevera o jovem constitucionalista CATTONI DE OLIVEIRA. Essa visão impõe o reconhecimento de uma nova relação Estado/Sociedade, que tem por finalidade a criação de uma sociedade mais inclusiva. A abertura do processo constitucional, como meio de justificação racional dos provimentos estatais, quais sejam, atos normativos (frutos do processo legislativo), atos decisórios judiciais (originários do processo judiciário) e atos administrativos (oriundos do processo administrativo), tornou-se elemento indispensável para a justificação da legitimidade democrática da modernidade.<sup>75</sup>

Ainda que as garantias comuns a todo processo ganhem nuances e sentidos adaptados à função a ser movimentada, continuarão a encontrar na Constituição suas *têtes de chapitres*: “o direito constitucional, sem invadir o campo particular, representa uma espécie de introdução dele, que o conduz até o ponto no qual começam as suas peculiaridades, para deixá-lo livre deste ponto depois, mesmo não o perdendo jamais de vista”.<sup>76</sup>

Não se trata de postular a possibilidade de uma teoria geral do processo.<sup>77</sup> A intenção está em salientar a importância da consideração comparativista entre os diversos tipos processuais na solução de problemas, propiciada pela Constituição.<sup>78</sup>

74 Este ponto de vista tem como pano de fundo uma peculiar forma de compreensão dos direitos fundamentais que permeará todo o trabalho. O processo — enquanto direito fundamental — comporta uma evidente estrutura dualista: como direito subjetivo em face do Estado, consubstancia *garantia fundamental*; como norma principiológica, expressa um conteúdo axiológico, um sistema de valores, com validade para todos os âmbitos do Direito. Daí o trabalho desenvolver-se a partir do cotejo entre garantia do contraditório e princípio do contraditório, garantia da ampla defesa e princípio da ampla defesa. Sobre a estrutura dualista dos direitos fundamentais e o seu significado no constitucionalismo contemporâneo: BÖCKENFÖRDE, Ernst – Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

75 Continua o autor: “o processo constitucional, em suas mais diferentes espécies (legislativo, jurisdicional e administrativo), constitui um canal de comunicação social que sustenta a democracia, garante a efetividade dos direitos fundamentais e dá legitimidade ao texto constitucional.” CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Op. Cit.*, p. 202-203.

76 ROSSI, Pelegrino. *apud* LIEBMAN, Enrico Tullio. *Problemi del Processo Civile*. Napoli: Morano, 1962. p. 150.

77 Embora tenhamos adotado o conceito de processo de FAZALLARI, disto não decorre que tenhamos seguido também seus passos na possibilidade de uma teoria geral do processo: “il processo come figura di teoria generale”. FAZZALARI, Elio. *Op. Cit.*, p. 1068.

78 O tema da possibilidade teórica de uma teoria geral do processo é matéria longe de ser pacífica no terreno processual além de requerer um estudo monográfico que não pode aqui ser sequer esboçado. Limitamo-nos a citar autores importantes na tratativa do tema. Contra a sua praticidade, destaque-se a posição de Jorge FIGUEIREDO DIAS colocando, entre

A consideração comparativista, iluminando os institutos processuais, poderá determinar interpretações e excluir outras com base na típica relação que os processos guardam entre si, unidos pelo centro vital de energia do contraditório e da ampla defesa.

Assentadas estas premissas, a posição defendida no trabalho vai além das linhas tradicionalmente enunciadas pela doutrina a respeito do procedimento e do processo. Com efeito, nem o procedimento é sinônimo de função administrativa, nem o processo, de função jurisdicional. Com isto, quer evidenciar-se a importância da distinção (e não do distanciamento) entre as noções de procedimento e processo, adquirindo feições próprias compatíveis com a competência a ser exteriorizada (administrativa, judicial ou legislativa). Não se está a advogar a “jurisdicionalização do processo administrativo”, tese, aliás, originada na premissa de identificação do processo com a jurisdição. Em igual equívoco, poderia incorrer quem sustentasse o mero deslocamento de institutos do direito processual civil ou penal para o direito administrativo, sem qualquer compromisso com a dinâmica do exercício da função administrativa.

### 3. Configuração constitucional do processo administrativo

O “processo administrativo” ingressou nos textos constitucionais mediante a consagração de um regime processual disciplinador da perda do cargo dos servidores públicos. Assim foi na Constituição de 1934 (“processo administrativo regulado por lei, e no qual lhes será assegurada ampla defesa” – art. 169); na Constituição de 1937 (art. 156, “c”); na Constituição de 1946 (“processo administrativo em que se lhes tenha assegurado ampla defesa”); na Constituição de 1967 (art. 103, II) e na Emenda 1/69 (art. 105, II). A variação ocorria nas condições exigidas para proteção constitucional dos servidores, no adjetivo anteposto ao processo administrativo (plena defesa, ampla defesa...). Todas referiam-se, no entanto, à exigência de processo administrativo somente para a hipótese de perda do cargo.

A Constituição de 1988 não rompeu com esta tradição, dispondo no art. 41:

---

outros, o argumento de que nela estaria “latente” o perigo da quebra da “relação”, ou seja, a quebra da proximidade da ordem jurídica com a vida e realidade a que serve. A teoria geral seria incapaz de solucionar os problemas processuais práticos em face dos diferentes tipos de processo estarem determinados pela especificidade do objeto processual que comanda a construção geral e a regulamentação concreta, próprias de cada tipo de processo. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. v. 1. Coimbra: Coimbra, 1974. p. 53-55. Adotando tal posição, Jacinto Nelson de MIRANDA COUTINHO: “Estava ali a alma do problema: nada, no direito processual penal, tem resposta, sem antes passar-se por ele”. COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. *A Lide e o Conteúdo do Processo Penal*. Curitiba: Juruá, 1989. p. XIII. Em outro sentido, com o mesmo argumento da “relação” mas posta a favor da teoria geral do processo, e sem silenciarse sobre suas próprias dificuldades, DINAMARCO: “a teoria geral do processo constitui uma postura metodológica de grande valia na revelação das linhas gerais do direito processual e da instrumentalidade do processo. Ainda incipiente e problemática quanto ao reconhecimento de sua própria legitimidade científica, ela não tem até hoje suas linhas bem definidas, nem o âmbito de sua abrangência”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. Cit.*, p. 58-59. Não deixa de ser curiosa a contraposição, ainda que superficial e breve, entre FIGUEIREDO DIAS e DINAMARCO: enquanto para o primeiro a teoria geral do processo “nunca ultrapassaria o domínio puramente formal, além de que iria, por certo, não poucas vezes, fazer violência à necessária autonomia funcional e teleológica de cada tipo”; para o segundo, ela apresenta-se como “disciplina problematizante”, ou seja, “cuja função é o convite à dúvida e à reflexão”.



**Art. 41.** São estáveis, após dois anos de efetivo exercício, os servidores nomeados em virtude de concurso público.

**1º** O servidor público estável só perderá o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa.

**2º** Invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade.

**3º** Extinto o cargo ou declarada sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade remunerada, até seu adequado aproveitamento em outro cargo.

O art. 41 da Constituição foi alterado, posteriormente, pela Emenda Constitucional nº 19 de 1998, prevendo, ainda, a garantia do processo administrativo disciplinar para a perda do cargo do servidor estável:

**Art. 41.** São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.

**1º** O servidor estável só perderá o cargo:

**I** - em virtude de sentença judicial transitada em julgado;

**II** - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;

**III** - mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.

**2º** Invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga, se estável, reconduzido ao cargo de origem, sem direito à indenização, aproveitando em outro cargo ou posto em disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço.

**3º** Extinto o cargo ou declarada a sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade, com remuneração proporcional ao tempo de serviço, até seu adequado aproveitamento em outro cargo.

**4º** Como condição para a aquisição da estabilidade, é obrigatória a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade.<sup>79</sup>

---

<sup>79</sup> É verdade que a Emenda Constitucional nº 19 de 1998, ao alterar o art. 169 da Constituição, veio instituir uma

De outro lado, a Carta Magna inovou, ao dispor, no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos), art. 5º, inciso LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Do ponto de vista da incidência das duas regras sobre o processo administrativo, de uma rápida leitura percebe-se que a do art. 5º, LV, tem campo de abrangência mais amplo que a do § 1º, do art. 41. Enquanto naquela está assegurado o processo administrativo com contraditório, ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes para todos os litigantes e acusados, nesta, assegura-se o processo administrativo com ampla defesa para o servidor público estável diante da perda do cargo.

Por sua vez, o princípio do devido processo legal foi expressamente consagrado no art. 5º, LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. O art. 5º, LV situa o processo administrativo como garantia constitucional, fixando verdadeira regra geral de conteúdo (contraditório e ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes) e de previsão de exigibilidade (em face de litigantes ou acusados).

Para solucionar a interpretação de ambas as normas, é necessário proceder à interpretação sistemática dos incisos LIV e LV do art. 5º, conforme se fará nos próximos tópicos.

---

modalidade, antes não prevista, de exclusão do servidor estável que, no devido tempo, provaremos não se tratar de um quarto processo (dado os três incisos do art. 41), mas inserido, forçosamente, na hipótese do inciso II, do art. 41. A exoneração do servidor estável por excesso de quadros configura, portanto, perda de cargo mediante processo administrativo:

“**Art. 169.** A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.

§ 1º A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas:

**I** - se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes;

**II** - se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

§ 2º Decorrido o prazo estabelecido na lei complementar referida neste artigo para a adaptação aos parâmetros ali previstos, serão imediatamente suspensos todos os repasses de verbas federais ou estaduais aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios que não observarem os referidos limites.

§ 3º Para o cumprimento dos limites estabelecidos com base neste artigo, durante o prazo fixado na lei complementar referida no caput, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios adotarão as seguintes providências:

**I** - redução em pelo menos vinte por cento das despesas com cargos em comissão e funções de confiança;

**II** - exoneração dos servidores não estáveis.

§ 4º Se as medidas adotadas com base no parágrafo anterior não forem suficientes para assegurar o cumprimento da determinação da lei complementar referida neste artigo, o servidor estável poderá perder o cargo, desde que ato normativo motivado de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal.”

### 3.1. O processo administrativo como garantia fundamental

O art. 5º, LV, lido com o inciso LIV do mesmo artigo, é o nascedouro da regra geral aplicável ao processo administrativo, inserindo-o no rol dos direitos e garantias fundamentais. Mediante a análise do art. 5º, LV, Odete MEDAUAR defende a elevação constitucional do processo administrativo ao *status* de garantia constitucional, destinado “a tutelar direitos, porque representa meio para que sejam preservados, reconhecidos ou cumpridos direitos dos indivíduos na atuação administrativa”.<sup>80</sup>

As garantias constitucionais apresentam, por sua vez, dupla funcionalidade. Atuando, subjetivamente, na tutela de direitos dos administrados, comportam-se como “garantia dos administrados”; e, objetivamente, ao prevenir e remediar violações do direito objetivo vigente, como “garantias da legalidade”.<sup>81</sup>

O processo administrativo – enquanto garantia constitucional – possibilita a regulação do exercício da competência (garantia geral de estrutura do ordenamento jurídico) e age como instrumento de proteção do indivíduo perante a ação daquela competência. Na relação entre Administração e cidadãos, técnicas processuais tutelam competências para aquela e direitos e liberdades para estes.

Para Jorge MIRANDA,

as garantias podem e devem ser olhadas objectivamente como *têtes de chapitre* de grandes ramos do Direito, como o Direito criminal e o Direito processual criminal (há muito) ou (hoje também) o Direito administrativo. Enquanto objecto de preceitos constitucionais, a sua função própria é a de proteção das pessoas e estas podem nelas se firmar para defender a sua personalidade.<sup>82</sup>

A análise isolada do art. 5º, LV poderia levar ao entendimento segundo o qual o procedimento somente estaria elevado à garantia constitucional quando inserido em um processo. Contudo, o art. 5º, LIV garante “o devido processo legal”. Vincula, portanto, o exercício do poder ao modelo procedimental estabelecido pela Constituição e pela lei. O procedimento, até quando não inserido no processo,

80 MEDAUAR, Odete. *Op. Cit.*, p. 76-77.

81 CAETANO, Marcello. *Op. Cit.*, p. 476-477. Sobre a aplicação desta dualidade no caso do processo jurisdicional, cabe ter em mente as observações de Ada PELEGRINI GRINOVER: “Tais pontos, na verdade, são a decorrência de um particular enfoque do processo, que vê as garantias do ‘devido processo legal’ não apenas como garantias das partes, mas também, e principalmente, como garantias da jurisdição: porque se, de um lado, é interesse dos litigantes a efetiva e plena possibilidade de produzirem suas provas, de sustentarem suas razões, de influírem concretamente sobre a formação do convencimento do juiz, do outro lado essa efetiva e plena possibilidade constitui a própria garantia da regularidade do processo, da imparcialidade do juiz, da justiça das decisões”. GRINOVER, Ada Pelegrini. Princípio do Contraditório: Infringência. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 21, dez. 1983. p. 260.

82 MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais*. t. IV. Coimbra: Coimbra, 1988. p. 91.

funciona como garantia constitucional, assegurando regularidade e racionalidade do poder estatal e do dever particular.<sup>83</sup>

O processo administrativo, mesmo antes da Constituição de 1988, era compreendido como garantia jurídica. Agora, constitui garantia constitucional.<sup>84</sup> Daqui, emergem duas conseqüências: no contexto de uma constituição rígida, são fixadas garantias mínimas incidentes diretamente na disciplina do processo e a presença de um sistema de controle de constitucionalidade afirma a tutela das garantias fundamentais.

Se o processo administrativo impera como garantia constitucional, está confirmada a premissa de investigação da disciplina processual administrativa: partindo da Constituição, a lei deve reconstruir o processo à sua imagem e semelhança.<sup>85</sup> Enfim, como sustenta Eduardo J. COUTURE, a lei não pode tornar ilusória a concepção de processo consagrada na Constituição.<sup>86</sup>

Lembre-se, como exemplo, Vittorio DENTI. Interpretando o Código de Processo Italiano, segundo a Constituição daquele país, deduz que nesta tarefa o aplicador faz viver o processo segundo o espírito da Constituição.<sup>87</sup>

O legislador não é livre na configuração da disciplina legal do processo administrativo. A discricionariedade permanece íntegra somente na área não coberta pela garantia constitucional. A disciplina legal, além de significar forma institucional de resolução de conflitos, deve, antes de tudo, realizar os princípios constitucionais.<sup>88</sup> Concorde-se com José Alfredo de OLIVEIRA BARACHO: a conceituação constitucional de garantia deve ser examinada ao lado dos grandes princípios constitucionais do processo.<sup>89</sup>

A Constituição, entretanto, não visa esgotar o tratamento do processo administrativo, e sim disciplinar condições mínimas de legalidade e seriedade. Na medida em que o sistema constitucional é aberto<sup>90</sup>, o campo de regulamentação potencial é

83 DROMI, Roberto. *El Procedimiento Administrativo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996. p. 35.

84 Dissertando sobre o procedimento administrativo, antes da Constituição de 1988, Manoel de OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO deduziu que: “O procedimento administrativo sistematizado constitui-se numa garantia jurídica: a sistematização em código é uma garantia para as partes conflitantes, sobretudo para um Estado-de-direito assentado numa organização política e constitucional”. FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Introdução ao Direito Processual Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. p. 105.

85 “Parece, pelo contrário, justificado um *iter* metodológico inverso, o qual, assumindo, *a priori*, a validade do modelo processual que a Constituição quis consagrar, saiba conformemente reconstruir, à sua imagem e semelhança, a disciplina (como diríamos ‘viva’) do processo civil na Itália”. (traduzido) COMOGLIO, Luigi Paolo et al. *Lezioni sul Processo Civile*. Bologna: Il Mulino, 1995. p. 53.

86 COUTURE, Eduardo J. *Op. Cit.*, p. 149-150.

87 DENTI, Vittorio. Questioni Rilevabili D’Ufficio e Contraddittorio. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, n. 2, apr./giu. 1968. p. 226.

88 COMOGLIO, Luigi et al. *Op. Cit.*, p. 21.

89 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral da Cidadania: a Plenitude da Cidadania e as Garantias Constitucionais Processuais*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 10.

90 Apropria-se, nesta sede, do conceito de sistema aberto tal qual colocado por CANOTILHO: “Um sistema normativo considera-se em termos lógicos como um sistema aberto quando se não pressupõe que apenas o explicitamente prescrito é também admitido. *A contrario*, o exemplo de sistema normativo *fechado* reconduz-se a fórmulas típicas como: ‘o que não

relevante. Em outras palavras: a disciplina processual constitucional não se reduz a uma “*mera costituzionalizzazione formale di principi processuali preesistenti*”.<sup>91</sup> O processo administrativo não é apenas o que está na lei (lida conforme a Constituição), mas também o que deveria estar e não está, por força de imposição constitucional.

Com efeito, o artigo 5º, §2º, da Constituição Federal funciona como verdadeira cláusula de abertura porque reconhece ao lado dos direitos fundamentais expressos, direitos implícitos que decorrem do regime e dos princípios adotados pela Constituição. Afinal, como acentua José Adércio LEITE SAMPAIO, “*os direitos e garantias fundamentais apresentam um conteúdo aberto à ampliação e projetado para o futuro. Não há uma tutela ou garantia numerus clausus de direitos fundamentais, porque não há um numerus clausus dos perigos.*”<sup>92</sup>

Comentando a regra da aplicação imediata dos direitos, liberdades e garantias, Jorge MIRANDA leciona, com apoio na doutrina alemã, que “*não são os direitos fundamentais que se movem no âmbito da lei, mas a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais*”.<sup>93</sup> Em outras palavras, visa-se não cair na equívoca substituição de “constitucionalidade das leis” pela “legalidade da Constituição”. Condensando as ponderações de CANOTILHO:

O fenômeno da equívoca substituição da *constitucionalidade das leis* pela *legalidade da Constituição* é favorecido pela abertura das normas constitucionais que são preenchidas através de conceitos radicados no direito legal infraconstitucional. No entanto, a atualização legal das normas constitucionais não pode criar uma Constituição paralela, como se a Constituição não possuísse um sentido independente e autônomo: só pudesse ser entendida a partir da legislação. O problema do *reenvio dinâmico* da Constituição para a lei (entender a Constituição a partir da lei) acarreta inversão da *hierarquia normativa* (ou *inversão do princípio da constitucionalidade das leis*) e põe em cheque a autonomia do direito constitucional. Funciona como se somente o que está na lei devesse ser estudado como constitucional ou inconstitucional, mas se deixa de lado aquilo que não está legalizado, mas está constitucionalizado.<sup>94</sup>

---

é proibido é permitido”, ou o ‘que não é permitido é proibido’. De uma forma sintética, poder-se-ia caracterizar o sistema fechado como aquele em que só a normação explícita (proibido, autorizado, imposto) é relevante”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas. Coimbra: Coimbra, 1994. p. 440-441.

91 Para COMOGLIO et al, a mera constitucionalização formal dos princípios processuais preexistentes limita-se a favorecer a reordenação dogmática dos princípios processuais em função de sua reforçada estabilidade formal e circunscrever as garantias constitucionais ao que se reputa expresso nas normas processuais do Código e da lei ordinária, como se as garantias constitucionais é que devessem ser decifradas à imagem e semelhança da lei. COMOGLIO, Luigi et al. *Op. Cit.*, p. 54.

92 SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 672.

93 MIRANDA, Jorge. *Op. Cit.*, p. 282-283.

94 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. Cit.*, p. 401-415.

Nesse influxo, impõe-se a análise das repercussões jurídicas que se extraem da concepção de processo administrativo como garantia fundamental.

### 3.2. Garantia fundamental de meios e de resultados: o contraditório e a ampla defesa

Alguns autores italianos, dentre eles COMOGLIO, FERRI e TARUFFO deduzem que a garantia constitucional do direito ao processo, estabelecido no art. 24, 2, da Constituição Italiana — “a defesa representa um direito inviolável em todo estado e grau do procedimento jurisdicional” — é mais do que o direito ao processo: é o direito ao processo justo.<sup>95</sup> Garante-se a suficiência quantitativa mínima dos meios processuais e um resultado qualitativamente constante. Os meios processuais disponíveis devem ser sérios e, a tutela obtida ao fim, adequada ao que foi pedido.<sup>96</sup>

O direito ao processo justo garante condições mínimas para a obtenção do escopo fundamental da ação e compreende: (a) o direito de ação paralelo ao direito de defesa (*parità delle armi*) para iguais chances de sucesso final<sup>97</sup> (no processo administrativo tomará um sentido peculiar porque a Administração tem o dever de agir); (b) a importância do direito à prova uma vez que o direito de provar está compreendido no poder de agir, de usar todos os meios probatórios do sistema relevantes para a demonstração do fato da demanda, (c) inadmissibilidade de barreiras processuais que tornem excessivamente dificultoso ou impossível o concreto exercício dos poderes de agir.<sup>98</sup>

A doutrina italiana pode, com pertinência, ser utilizada no direito brasileiro. Afinal, a Constituição não assegura somente processo administrativo, mas processo administrativo com contraditório e ampla defesa aliado aos meios e recursos a ela inerentes. Não se trata de adjetivação do processo: sem contraditório e ampla defesa não há processo administrativo.

95 Importante anotar as ponderações de Vincenzo VIGORITI sobre a noção de processo justo. Para este autor, trata-se de cláusula insuscetível de redução a uma precisa e exauriente definição, capaz de determinar-lhe resultado e limite, tendo em vista a relatividade da noção de justiça. VIGORITI, Vincenzo. *Garanzie Costituzionali della Difesa nel Processo Civile. Rivista di Diritto Processuale*, Padova, n. 1, gen./mar. 1965. p. 525.

96 COMOGLIO, Luigi et al. *Op. Cit.*, p. 61.

97 Sobre o paralelo entre o direito de ação e o direito de defesa, COUTURE, Eduardo J. *Estudios de Derecho Procesal Civil: la Constitución y el Proceso Civil*. t. I. 3ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1979. p. 47. O conceito de paridade de armas, no processo civil, não pode ser transplantado, literalmente, para o processo administrativo, observado que, neste, como se verá em seguida, há de um lado o cidadão e, de outro, a Administração a ostentar preponderância de poderes. Não há três sujeitos como no processo jurisdicional. Mesmo assim, o conceito de paridade de armas de Luiz Guilherme MARINONI, a respeito do processo civil, pode ser aplicado, com propriedade, na sede do processo administrativo: “Conforme explica Mario CHIAVARIO, esta paridade de armas entre as partes não implica numa identidade absoluta entre os poderes reconhecidos às partes de um mesmo processo e nem, necessariamente, uma simetria perfeita de direitos e de deveres respectivos. O que conta é que as diferenças eventuais de tratamento sejam justificáveis racionalmente, à luz de critérios de reciprocidade, e de modo a evitar, seja como for, que haja um desequilíbrio global em prejuízo de uma parte. Realmente, a participação em paridade de armas é inseparável da noção de igualdade substancial”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. Cit.*, p. 165.

98 COMOGLIO, Luigi et al. *Op. Cit.*, p. 61.

O contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes qualificam o agir estatal no âmbito da processualidade, sintetizando-o enquanto garantia de meios e de resultados. A suficiência constitucional de uma lei não se basta na estipulação de que tal atividade será operacionalizada por meio “processo” ou na simples qualificação de um procedimento como processo. É imprescindível a presença da possibilidade efetiva de cumprir todas as atividades processuais tecnicamente idôneas para fazer valer o direito, aliada à obtenção do provimento adequado ao pedido.<sup>99</sup>

O processo administrativo constitui instrumento de tutela inspirado na idéia de efetividade<sup>100</sup>, identificado não pelo nome em si, mas pelo conteúdo: contraditório e ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes.<sup>101</sup>

Agregada à idéia de garantia de meios e de resultados, a leitura do art. 5º, LIV – “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” – complementa o art. 5º, LV. Na esfera administrativa, não pode haver privação de liberdade ou restrição patrimonial, sem o cumprimento do seguinte pressuposto: a consagração legal do processo administrativo em sentido constitucional.<sup>102</sup>

A acolhida do devido processo legal administrativo<sup>103</sup> assegura o contraponto para o cidadão frente ao poder da Administração de autotutela do interesse público. José Frederico MARQUES observa que “*evidente se torna que a Administração Pública, ainda que exercendo seus poderes de autotutela, não tem o direito de impor aos administrados gravames e sanções que atinjam, direta ou indiretamente, seu patrimônio, sem ouvi-los adequadamente, preservando-lhes o direito de defesa*”.<sup>104</sup>

99 Sobre a íntima ligação entre Constituição e direitos fundamentais, Álvaro Ricardo de SOUZA CRUZ: “Sendo, assim, incontroversa a profunda interação entre os direitos fundamentais e uma Constituição Democrática, anota Cruz VILLALON que ‘onde não existir constituição não haverá direitos fundamentais’ (1989:41). Talvez a fórmula devesse se inverter, pois onde o exercício e a efetividade dos direitos fundamentais não se consolidaram, de fato, não há Constituição. Será um substrato normativo sem alma, sem qualquer sopro de vida.” CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Op. Cit.*, p. 196.

100 MATTARELLA, Bernardo Giorgio. La Tutela Degli Interessati nel Procedimento Amministrativo: un Convegno sull’ Esperienza Europea. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milano, n. 3, 1996. p. 885.

101 Em outras palavras, é a lição de DINAMARCO sobre a instrumentalidade do processo, compreendida no sentido positivo e negativo. Positivamente, a instrumentalidade conduz à efetividade do processo, entendida como a capacidade para alcançar os fins que o legitimam na ordem social, constituindo-se meio adequado (do ponto de vista social e jurídico) para solução de problemas através da eliminação das insatisfações. Negativamente, a instrumentalidade é fator de contenção de exageros e distorções formalistas que desviam a atenção da relação substancial para a batalha judicial de comportamentos processuais. Coloca-se, por isto, o processo no seu lugar de instrumento sem menosprezo de sua autonomia científica em relação ao direito material. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. Cit.*, p. 265-270.

102 São inúmeras as situações que poderiam subsidiar, a título exemplificativo, a afirmação da possibilidade de privação da liberdade ou restrição patrimonial como efeito da função administrativa no exercício das prerrogativas de polícia e disciplinar, necessariamente formalizadas através do devido processo legal administrativo: no primeiro caso, a interdição compulsória de um doente portador de moléstia infecto-contagiosa (Lei nº 8.080/90); no segundo caso, a constrição ou exclusão de vantagens de servidores públicos, a declaração da caducidade da concessão gerando a assunção, pelo Poder Público, dos bens reversíveis (art. 38, § 2º, da Lei 8.987/95).

103 Na Argentina, não há regra expressa sobre devido processo legal. O art. 18 da Constituição estabelece o direito de defesa. A doutrina alude a *devido proceso adjetivo* como emanação da garantia de defesa. Para CASSAGNE, o devido proceso adjetivo implica reconhecimento de três direitos fundamentais relativos à defesa do administrado no procedimento administrativo: direito a ser ouvido, direito a oferecer e produzir provas e direito a uma decisão fundada. CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. t. II. 5ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996. p. 322.

104 MARQUES, José Frederico. A Garantia do *Due Process of Law* no Direito Tributário. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 5, jul./set. 1968. p. 29.

A tese não passa despercebida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como se constata de voto do Ministro Celso de MELLO:

É certo que o Estado, em tema de punições de índole disciplinar ou de caráter político-administrativo, não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária, desconsiderando, no exercício de sua atividade censória, o postulado da plenitude de defesa, pois  $\frac{3}{4}$  cabe enfatizar  $\frac{3}{4}$  o reconhecimento da legitimidade ético jurídica de qualquer sanção punitiva imposta pelo Poder Público exige, ainda que se cuide de procedimento meramente administrativo (CF, art. 5<sup>º</sup>, LV), a fiel observância do princípio do devido processo legal, consoante adverte autorizado magistério doutrinário.<sup>105</sup>

Em síntese, os poderes de agir compreendidos no contraditório e na ampla defesa põem às claras as múltiplas finalidades do processo administrativo, imprimindo ao exercício da competência: legitimação,<sup>106</sup> racionalização, imparcialidade e equilíbrio,<sup>107</sup> quebra do monolitismo da Administração caracterizado pelo monopólio da decisão,<sup>108</sup> aproximação entre Administração e cidadãos, rompendo-se a imagem de Administração contraposta à sociedade<sup>109</sup> e o controle da atividade administrativa.<sup>110</sup>

### 3.3. Litigantes e acusados no processo administrativo

O art. 5<sup>º</sup>, LV da CF determina a incidência do processo administrativo na presença de litigantes e acusados. Antes de tudo, cumpre investigar por que a Carta Magna menciona litigantes e acusados quando poderia simplesmente garantir o processo administrativo mediante a indicação de situações de litigância e acusação.

105 Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 24458-DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento: 18.2.2003. *Diário de Justiça da União*, 21.2.2003.

106 A afirmação compreende dois sentidos: (i) negativo, pois é ilegítimo o processo que exclui a participação dos sujeitos envolvidos, chocando-se com a ordem constitucional; (ii) positivo, já que o exercício do poder legitima-se (é aceito pela sociedade) quando é obtido a partir do diálogo garantido pelo contraditório e pela ampla defesa. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. Cit.*, p. 131-132. Também Carlos Ari SUNDFELD, para quem a regra no Direito Administrativo é a exigência do procedimento como condição de legitimidade do agir estatal (relembre-se que este autor identifica a processualidade, a que aludimos, pela expressão procedimento). SUNDFELD, Carlos Ari. A Importância do Procedimento Administrativo. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 84, out./dez. 1987. p. 70. Em outra obra, SUNDFELD deduz que o processo é a perfeita coerência com a idéia central do direito público de realizar o equilíbrio entre a liberdade e a autoridade já que a decisão do Estado, sem deixar de ser ato de autoridade, tem sua produção condicionada a um processo onde o particular tem direito a participar. SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 93.

107 SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 92.

108 Para CLÈVE, o monolitismo da Administração guarda como corolário mais precioso o monopólio da decisão. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo: Para uma Dogmática Constitucional Emancipatória*. Trabalho proferido no Seminário Nacional sobre o uso Alternativo do Direito. Rio de Janeiro: COAD, 1993. p. 30 e 34.

109 MEDAUAR, Odete. *Op. Cit.*, p. 67. Cabe lembrar o art. 9<sup>º</sup>, 2 da Constituição Espanhola de 1978: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

110 Segundo Juan Carlos CASSAGNE: “El procedimiento administrativo constituye de ese modo, aun en los supuestos del mero procedimiento de formación de los actos administrativos que implican la sustanciación de recursos, un instrumento de control de la legitimidad (que incluye legalidad y razonabilidad o justicia) y del acierto de los actos en relación al interés público o bien común que es el fin que la Administración persigue (control de oportunidad, mérito o conveniencia)”. CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. t. II. 5<sup>ª</sup> ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996. p. 303.



Possivelmente, o sentido reside na identificação de sujeitos processuais – litigantes e acusados – com capacidade para participar da elaboração do provimento final, que atingirá sua esfera jurídica. Os litigantes e acusados são sujeitos processuais e não meros objetos ou espectadores, receptores passivos da decisão pronta, sem chance de participar.

Sobre os acusados no processo penal, podendo valer para os acusados e litigantes no processo administrativo, oportuno lembrar Jorge de FIGUEIREDO DIAS:

Estática, por outro lado, no que toca a já conhecida posição jurídica do arguido no processo penal inquisitório e que se traduz em ser ele visto como mero “objeto” de inquirição, como algo “a que é feito” o processo mas que nele não participa activamente. A contrastar, uma vez mais, com o papel essencialmente dinâmico que o nosso sistema (sobretudo através dos direitos de contraditoriedade, de audiência e de defesa) confere ao arguido e lhe assegura a posição de “sujeito” co-actuante no processo.<sup>111</sup>

Em segundo lugar, litigantes e acusados não são termos sinónimos. Perceba-se a redação do dispositivo dando realce à partícula “e” que, ao invés de configurar sinonímia, expressa conjunção aditiva.<sup>112</sup>

Na previsão dos litigantes, reside toda a originalidade da Constituição de 1988, segundo Ada PELEGRINI GRINOVER. As garantias do contraditório e da ampla defesa já eram reconhecidas aos acusados no plano do processo judicial e administrativo, por força de interpretação doutrinária e jurisprudencial da Constituição de 1967 e da Emenda 1/69 que continha a fórmula: “*A lei assegurará aos acusados ampla defesa com os recursos a ela inerentes*”.<sup>113</sup>

Tal inovação veio adicionar novos contornos à distinção entre a função jurisdicional e administrativa, a partir do parâmetro do litígio ou da lide. Ora, se há litigantes no processo administrativo é porque, logicamente, pode haver o desencadeamento de um litígio ou lide na função administrativa.<sup>114</sup> É certo que a noção de lide tem suscitado múltiplas controvérsias e não se acha até hoje devidamente delimitada pela doutrina do direito processual, onde foi concebida.<sup>115</sup>

111 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. Cit.*, p. 254-255.

112 Com esta interpretação, também PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *O Direito à Defesa na Constituição de 1988: o Processo Administrativo e os Acusados em Geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991. p. 36.

113 Pontes de MIRANDA lecionava que a garantia da ampla defesa, disposta no art. 153, § 15, da Emenda 1/69 estendia-se a todos os processos, jurisdicionais ou administrativos. MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967: com a Emenda n. 1 de 1969*. t. V. 2ª ed. São Paulo: RT, 1970. p. 235. No entanto, a jurisprudência sobre a matéria não era pacífica.

114 Contra, argumentando pela identificação entre lide, jurisdição e processo jurisdicional: MUNHOZ DA CUNHA, Alcides Alberto. *A Lide Cautelar no Processo Civil*. Curitiba: Juruá, 1992. p. 77-110.

115 Sobre a problemática, consultar a obra de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Alcides Alberto Munhoz da Cunha, já citadas.

Na seara do direito administrativo, Lúcia VALLE FIGUEIREDO assevera que a presença de litigantes deriva da existência de controvérsia e conflito de interesses.<sup>116</sup> De igual modo, Ada PELEGRINI GRINOVER:

Litigantes existem sempre que, num procedimento qualquer, surja um conflito de interesses. Não é preciso que o conflito seja qualificado pela pretensão resistida, pois neste caso surgirão a lide e o processo jurisdicional. Basta que os partícipes do processo administrativo se anteponham face a face, numa posição contraposta. Litígio equivale a controvérsia, a contenda e não a lide. Pode haver litigantes – e os há – sem acusação alguma, em qualquer lide.<sup>117</sup>

A lide não se restringe ao universo da função jurisdicional, porque o móvel da ação administrativa pode requerer a composição de um conflito. De outro lado, a afirmação de “litigantes no processo administrativo e judicial” não autoriza o enquadramento do litígio na esfera administrativa e da lide na jurisdicional porque, em ambos os casos, a Constituição assegura o contraditório e a ampla defesa.

Como bem ressalta Alcides Alberto MUNHOZ DA CUNHA, a expressão lide pode ser identificada etimologicamente com a expressão latina *litigare*, expressando a idéia de litígio, luta, contenda ou conflito.<sup>118</sup> A tradicional diferença entre litígio e lide, nascida no seio do processo jurisdicional, baseia-se na assertiva de que a primeira estaria a indicar o conflito do ponto de vista material, fático – o real enfrentamento de forças –, mormente a lide indicaria o momento em que o conflito ganha aspectos jurisdicionais, mediante a dedução de pretensão em juízo. Somente no segundo caso ter-se-ia o processo e por isso falar-se em “*lide como objeto do processo*”.<sup>119</sup>

Porém, se a disciplina processual não mais se limita ao campo da função jurisdicional, constituindo até requisito obrigatório para o desempenho de determinadas modalidades de funções administrativas, o conceito de lide não escapa ao processo administrativo. Assim, uma suposta separação entre litígio e lide a partir do processo administrativo ou jurisdicional em nada favorece o sentido de “garantia de meios e de resultados”, inerente ao instrumento processual, onde quer que se manifeste.

O reconhecimento da lide ou litígio administrativo passa pela compreensão de que

116 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Op. Cit.*, p. 179.

117 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Op. Cit.*, p. 13. A “originalidade” constitucional está respaldada em uma prática jurisprudencial que, mesmo antes de 1988, já estendia a proteção a casos de nítida presença de “litígio” administrativo. Cite-se, por exemplo, decisão do Supremo Tribunal de 1967: “CONCURSO PARA CÁTEDRA. Anulação do concurso pelo Conselho Universitário. Mandado de segurança provido. Na hipótese, decidiu-se que era necessária a audiência do outro candidato na instância administrativa. Recurso Extraordinário não conhecido”. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 56943/SP. Relator: Ministro Gonçalves de Oliveira. 12 jun. 1967. *Diário de Justiça da União*, Brasília, v. 713, n. 2, p. 559, 8 dez. 1967, p. 4216.

118 MUNHOZ DA CUNHA, Alcides Alberto. *Op. Cit.*, p. 85.

119 MUNHOZ DA CUNHA, Alcides Alberto. *Op. Cit.*, p. 107.

o processo será exigido quando houver a real possibilidade de atingimento da esfera jurídica de determinada pessoa por uma específica decisão administrativa.

Pense-se no plano do processo jurisdicional: quando se ajuíza uma ação contra alguém, instaura-se o processo porque a pessoa que está sendo chamada será atingida pela decisão final e não porque pode ou não haver resistência do réu. A operacionalidade do conceito de lide no processo administrativo reside na delimitação dos casos em que o processo é reclamado pelo sistema constitucional como molde obrigatório para o exercício da função administrativa.<sup>120</sup>

Sem adentrar em análise mais profunda do tema, pode-se afirmar, a título de conceito genérico, que no campo do direito administrativo a dedução de uma pretensão pela Administração ou perante esta, cujo provimento seja capaz, por qualquer modo, de atingir a esfera de interesse de outrem, dá lugar à lide ou à controvérsia administrativa, exigindo o processo administrativo.<sup>121</sup>

De outra parte, a lide ou o litígio administrativo podem estar presentes também em um processo com acusados. Lide há tanto em face de litigantes quanto de acusados. A diferença é que o termo acusado é próprio do processo penal e administrativo quando a sanção imposta pela Administração resulta do cometimento de ilícito penal ou administrativo.

Se a Constituição refere-se a litigantes e a acusados e não a situações de litígio é porque está a identificar a presença de sujeitos processuais com capacidade jurídica para deduzir uma pretensão perante a Administração ou resistir a uma pretensão da Administração ou de terceiro. Legítima-se, portanto, a utilização do significante “lide administrativa”, tal qual delineado.

Odete MEDAUAR identifica os “litigantes”:

A exigência de processo administrativo abrange, portanto, situações em que dois ou mais administrados apresentam-se em posição de controvérsia entre si, perante uma decisão a respeito que deva ser tomada pela Administração; p. ex., as situações de licitações, concursos públicos, licenciamento ambiental. E também os casos de controvérsia entre administrados (particulares ou servidores) e a Administração;

---

120 Saliente-se a profunda argumentação de Jacinto Nelson de MIRANDA COUTINHO no sentido de provar que a lide, em qualquer de suas formas (seja a lide no processo civil, seja a lide no processo penal), não pode referir o conteúdo do processo penal. Parece-nos que a introdução do termo “litigantes” na Constituição de 1988 pode suscitar novas discussões sobre o assunto, embora acreditemos que a lide sirva para identificar os casos em que o modelo processual deva ser obrigatório para o exercício de uma função estatal.

121 Ao contrário de Hely LOPES MEIRELLES, para quem o processo administrativo só existiria quando da presença de uma controvérsia entre Administração e o interessado, levando o autor a excluir do universo processual os litígios entre os próprios particulares com interesses manifestados perante a Administração Pública, como é o caso da licitação pública considerada pelo autor como “procedimento administrativo”. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 591 e 245.

ex.: licenças em geral, recursos administrativos em geral, reexame de lançamento – processo administrativo tributário.<sup>122</sup>

Impõe-se, na seqüência, a análise do acusado como o segundo sujeito processual mencionado pela Constituição. Na expressão “acusados em geral”, o adjetivo “em geral” não é supérfluo. Tem sentido histórico observado que a jurisprudência, em muitas ocasiões, leu “acusados” na Constituição de 1967 com a Emenda 1/69 (“a lei assegurará aos acusados ampla defesa”) em seu sentido técnico, restringindo o alcance da norma ao processo penal.<sup>123</sup> Quando a Constituição utiliza a expressão “em geral” quer deixar nítido que se trata de qualquer acusado, entendida a palavra na acepção comum.

Confirma-se esta interpretação, já que “litigantes” está vinculado a processo judicial ou administrativo, e “acusados em geral” não se associa a nenhum processo. Disto deriva, como salienta Jessé TORRES PEREIRA JÚNIOR, a proteção do acusado não só perante o Estado-Juiz ou o Estado-Administrador, mas também em face de outras instâncias de poder cujos atos sejam dotados de cogência.<sup>124</sup>

122 MEDAUAR, Odete. *Op. Cit.*, p. 78. O Supremo Tribunal Federal já decidiu que a redução de proventos de servidor público aos limites legais e a declaração de nulidade de investidura irregular prescindem do processo administrativo. Em nosso entendimento, as situações dão ensejo à existência de litigantes contrapostos à Administração, cobertos pela proteção do art. 5º, LV da Lei Fundamental. Nos casos em exame, a interpretação constitucional adequada exige a ponderação entre o princípio da legalidade e os princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal. Nesse sentido, Lúcia VALLE FIGUEIREDO assevera que os princípios do contraditório e da ampla se dão de colocar “quando estivermos em face de processos ablativos de direito, ainda que a Administração se coloque diante da revisão de atos administrativos emanados ilegalmente. Deveras, não pode a Administração suprimir direitos, desconstituir situações sem que ouça o administrado preliminarmente”. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Estado de Direito e Devido Processo Legal. *Separata da Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*, São Paulo, n. 32, out./dez. 1997. p. 24. Por fim, cite-se trecho da ementa das decisões: “O ato municipal, retificando o ato de aposentação do impetrante, ora recorrente, reduziu seus proventos aos limites legais, cumprindo, assim, o princípio constitucional da legalidade (art. 37, *caput*, da CF). Mantendo-o, o acórdão recorrido não ofendeu os princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, até porque tal retificação prescinde de procedimento administrativo (Súmulas 346 e 473, 1ª parte). Nem afrontou o princípio da irredutibilidade de vencimentos e proventos, pois só seriam irredutíveis os vencimentos e proventos constitucionais e legais, não os ilegais”. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 185255/AL. Carlos Humberto Leão e Município de Arapiraca. Relator: Ministro Sydney Sanches. 1ª Turma. 1 abr. 1997. *Diário de Justiça da União*, v. 1883, n. 5, p. 863, 19 set. 1997, p. 45548. A segunda decisão citada: “Referem-se os autos a mandado de segurança indeferido pelo magistrado de primeira instância, dado que a transformação, em outros tantos cargos públicos, dos empregos ocupados pelos impetrantes, por força de lei municipal, estaria a desafiar o cumprimento de exigência da prévia aprovação dos candidatos em concurso de provas e títulos (art. 37, II, da Constituição Federal). Em grau de apelação foi esta, porém, parcialmente provida, para anular os atos administrativos atacados por preterição da garantia constitucional da ampla defesa. Considero manifesta a relevância jurídica da tese oponível, à concessão da segurança, pelo Município requerente, ao sustentar que independe de processo administrativo, regido pelo princípio do contraditório, a declaração de nulidade de investidura irregular”. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Segurança n. 712/SC. Relator: Ministro Octavio Gallotti. 11 nov. 1994. *Diário de Justiça da União*, 17 nov. 1994.

123 Nesse sentido: Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 73296-SP. Relator: Ministro Djaci Falcão. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 111, p. 133. Embora, em sentido contrário, decisão do Relator Ministro Francisco Rezek: “Era entendimento do Supremo que o princípio da ampla defesa previsto no art. 153, § 15, da Carta anterior aplicava-se, também ao processo administrativo em que havia acusado”. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento ou de Petição n. 141787/MS. Relator: Ministro Francisco Rezek. 4 fev. 1997. *Diário de Justiça da União*, Brasília, v. 1871, n. 2, p. 379, 30 mai. 1997, p. 23178.

124 O autor explica. É o caso das relações regidas por normas estatutárias como as associações profissionais e os clubes, já que estas entidades têm competência para estabelecer sanções de caráter pecuniário, bem como suprimir direitos (suspensão do exercício do ofício, eliminação do quadro social). PEREIRA JÚNIOR, Jossé Torres. *Op. Cit.*, p. 37. Nesse sentido, decisão do Supremo Tribunal Federal: “Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos

Na esfera administrativa, importante ao presente estudo, o termo “acusados” designa as pessoas físicas ou jurídicas<sup>125</sup> que a Administração atribui determinada conduta ilícita, das quais decorrerão consequências punitivas. O termo “acusados em geral” reporta-se à generalidade das acusações, não discriminando a gravidade da punição. Quem quer que seja acusado de comportamento que possa gerar efeito punitivo (não importando a sua gravidade) tem a proteção do processo administrativo.<sup>126</sup>

A Constituição abre caminho para a discussão da tradicional compreensão do processo administrativo como um “processo sem partes” em que a consecução

dos fins processuais estariam depositados exclusivamente nas mãos do juiz-administrativo.<sup>127</sup>

---

estatutos, impõe-se a observância do devido processo legal, viabilizando o exercício amplo da defesa. Simple desafio do associado à assembléia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa”. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 158215/RS. Relator: Ministro Marco Aurélio. 2ª Turma. 30 abr. 1996. *Diário de Justiça da União*, v. 1831, n. 2, p. 307, 7 jun. 1996, p. 19830. Trata-se, aqui, da “eficácia horizontal dos direitos fundamentais”, ou de sua projeção nas relações entre particulares. Sobre o assunto, José Adércio LEITE SAMPAIO comenta que os direitos fundamentais “projetam-se não apenas nas relações entre os cidadãos e os poderes públicos, mas também na própria relação entre particulares, com o cuidado, todavia, de serem considerados como pauta de interpretação ou de interferência indireta, para não tornar toda questão jurídica em questão de direito fundamental, sobrecarregando a própria Constituição e reduzindo o espaço da autonomia e do Direito Privado.” SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 672.

125 Lembre-se a hipótese de pena de declaração de inidoneidade no processo de licitação. Aliás, doutrina e jurisprudência têm afirmado que as pessoas jurídicas podem ser titulares de direitos fundamentais, quando compatíveis com a sua personalidade. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça tem decidido que a pessoa jurídica é titular do direito fundamental à honra objetiva e, por essa razão, pode sofrer dano moral. Confira-se, a esse respeito, a Súmula 227, do Superior Tribunal de Justiça ¾ “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral” ¾ relacionada ao artigo 5º, X, da Constituição Federal. Excluem-se, contudo, as pessoas jurídicas de Direito Público ou de Direito Privado que integram a Administração Pública porque a essas “se reservam competências, interesses legítimos ou direitos constitucionais que não podem ser subsumidos sob o rótulo de direitos fundamentais.” SAMPAIO, José Adércio Leite. *Op. Cit.*, p. 673.

126 A questão do critério para identificação da existência de acusação na atividade administrativa não está isenta de polêmica. A nosso ver, merece revisão decisão do Supremo Tribunal onde restou considerado que no levantamento ético-social, realizado em concurso público de natureza eliminatória, não há litígio ou acusação e, portanto, dispensa-se o contraditório. Cabe transcrever a ementa: “CONCURSO PÚBLICO. INSCRIÇÃO. VIDA PREGRESSA. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. O que se contém no inc. LV do art. 5º da Constituição Federal, a pressupor litígio ou acusação, não tem pertinência à hipótese em que analisado o atendimento de requisitos referentes a inscrição de candidato a concurso público. O levantamento ético-social dispensa o contraditório, não se podendo cogitar quer da existência de litígio, quer de acusação que vise a determinada sanção”. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 156400/SP. Relator: Ministro Marco Aurélio. 2ª Turma. 5 jun. 1995. *Diário de Justiça da União*, Brasília, v. 1800, n. 6, p. 1016, 15 set. 1995, p. 29520. Ora, neste caso, a alegação por parte da Administração Pública de que a pessoa não detém a “probidade” necessária para sequer participar de certame dirigido a escolha de servidores públicos importa encargo para o candidato: reprovação na fase e consequente eliminação da competição. Trata-se, ademais, de séria manifestação contra a honra e imagem, direitos fundamentais da pessoa (art. 5º, X da CF).

127 É verdade que aqueles que negam a existência de “partes” (e por consequência de relação jurídica) na seara administrativa, costumam aludir a “procedimento administrativo” e não a “processo administrativo”. Nesse sentido, Odília FERREIRA DA LUZ OLIVEIRA: “Já o *procedimento* é o aspecto externo, formal do processo. É conceito *formal* e não implica a constituição de relação jurídica, ao contrário do processo, conceito *teleológico*, que é uma relação jurídica. É certo, assim, que não há processos, mas apenas *procedimentos* nos planos das atividades legislativa e administrativa do Estado”. OLIVEIRA, Odília Ferreira da Luz. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 303. Como será analisado posteriormente, a Constituição de 1988 prestigia a compreensão de que não há processo sem partes. Captando essa evidência, escreveu CARNELUTTI “il concetto di parte costituisce uno dei fulcri del mio modo di pensare”. “Partes” não no sentido técnico-processual (sujeitos processuais diversos do juiz), mas filosófico: de que a parte indica a realidade de uma coisa que é e não é, porque não detém a verdade, a unidade (“De fato, a verdade está no todo, não na parte, e o todo é demais para nós”). CARNELUTTI, Francesco. Verità, Dubbio, Certezza. *Rivista di Diritto Processuale*,

No processo administrativo, a garantia de *status* ativo aos que litigam (com ou perante a Administração) ou são acusados (pela Administração) deixa claro que o contraditório e a ampla defesa, nestes processos, não são menos significativos do que aqueles garantidos no processo judicial. Pelo contrário, o *status activus processualis* corresponde à própria garantia dos direitos fundamentais.<sup>128</sup> Não há justificativa para pretender a realização dos direitos fundamentais no processo judicial em detrimento do administrativo, ou vice-versa.<sup>129</sup>

#### 4. Configuração constitucional do processo administrativo disciplinar

A doutrina costuma utilizar a expressão processo administrativo disciplinar para indicar o processo administrativo punitivo ou sancionador (para aplicação de sanções administrativas) interno (dirigido aos servidores públicos).<sup>130</sup>

Dois reparos devem ser feitos a este conceito para adequá-lo ao sentido constitucional. Em primeiro lugar, os agentes públicos também obedecem a uma disciplina interna e têm no processo administrativo disciplinar o instrumento de verificação e aplicação de sanções administrativas. O fato de leis distintas regularem o processo administrativo disciplinar para servidores e agentes públicos não desnatura o conceito. Em ambos os casos, deverão estar presentes as garantias constitucionais do processo, por força do art. 5º, incisos LIV e LV da CF. Em segundo lugar, em se tratando de servidor público, o processo administrativo disciplinar abrange também o processo administrativo destinado à apuração de desempenho insuficiente que pode ensejar demissão tanto do servidor estável (“*procedimento de avaliação periódica de desempenho*”, conforme inciso III, do §1º, do art. 41, da CF), quanto exoneração do não estável sujeito a estágio probatório (“*avaliação especial de desempenho*”, conforme §4º, do art. 41, da CF). A justificativa do conceito será exposta no decorrer desta exposição.

A preocupação deste tópico concentra-se na configuração constitucional do processo administrativo disciplinar. Ou melhor, a configuração constitucional principiológica do processo administrativo disciplinar. E, neste ponto, é necessário levar em conta a peculiaridade do Direito Administrativo em face do princípio federativo.

A autonomia dos entes federativos, em sede de Direito Administrativo, está subordinada às normas constitucionais aplicáveis à União, Estados, Municípios e Distrito Federal, conforme o *caput*, do art. 37 da Constituição Federal. Portanto,

---

Padova, n. 1, gen./mar. 1965. p. 4-5.

128 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1995. p. 639.

129 Já em 1977, Manoel de OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO postulava a autonomia do processo administrativo perante o Direito Processual, “aparecendo como típico e inconfundível, porque marcado por ritos e fins que o singularizam”, apontando tal processo como “garantia preventiva de direitos”. FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. O Processo Administrativo nos Pressupostos de Positividade Jurídica. *Arquivos do Ministério da Justiça*, Rio de Janeiro, n. 141, jan./mar. 1977. p. 31 e 39.

130 GRINOVER, Ada Pellegrini. Do Direito de Defesa em Inquérito Administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 183, jan./mar. 1991. p. 12; MEDAUAR, Odete. *Op. Cit.*, p. 132.

se a unidade do Direito Administrativo no Brasil é constitucional,<sup>131</sup> os princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar participam desta unidade, incidindo sobre as diversas legislações a respeito desta matéria.<sup>132</sup>

Mesmo a Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo exclusivamente no âmbito da Administração Pública Federal, deve ser respeitada pelos demais entes da federação quando desdobra princípios constitucionais, porque, como averba Marçal JUSTEN FILHO:

A Lei de Processo Administrativo torna explícitos princípios cuja incidência deriva diretamente da própria Constituição. Isso produz uma situação muito peculiar. A Lei nº 9.784 disciplina o tema do processo administrativo no âmbito federal. Portanto, poderia dizer-se que o diploma não afetaria as demais órbitas federativas, titulares de competência privativa para dispor sobre o tema no seu próprio âmbito. Ocorre que a Lei nº 9.784 torna evidentes certos postulados de natureza constitucional, de observância obrigatória em toda e qualquer atividade administrativa. Logo, os princípios constitucionais explicitados através da Lei nº 9.784 não podem deixar de ser respeitados pelos demais entes federais: não porque esse diploma tenha natureza de lei complementar, nem porque veicule “normas gerais”, mas por ser essa a única alternativa compatível com a Constituição. Sob esse ângulo, o aplicador (em qualquer segmento da Federação) encontra na Lei nº 9.784 uma espécie de “confirmação” do conteúdo da Constituição. As regras meramente

procedimentais, porém, retratam o poder de auto-organização atribuído a todo e qualquer ente federativo.<sup>133</sup>

Com efeito, a edição da Lei nº 9.784/99, disciplinando o processo administrativo, não revogou os dispositivos da Lei nº 8.112/90 (Regime Jurídico Único dos servidores

131 Salvo raríssimas exceções constitucionais, quando, por exemplo, a Constituição confere competência à União para legislar sobre normas gerais sobre algum assunto do Direito Administrativo, aplicáveis diretamente aos demais entes da federação.

132 Cite-se trecho de decisão do Supremo Tribunal Federal, antes da Emenda Constitucional nº 19 de 1998, mas que continua totalmente pertinente, relativa à da unidade constitucional do conceito de estabilidade do servidor público: “Embora em razão da autonomia constitucional as entidades estatais sejam competentes para organizar e manter seu funcionalismo, criando cargos e funções, instituindo carreiras e classes, fazendo provimentos e lotações, estabelecendo vencimentos e vantagens, delimitando os deveres e direitos dos servidores e fixando regras disciplinares, as disposições estatutárias dos entes federados não podem contrariar o estabelecido na Constituição da República, porque normas gerais de observância obrigatória pela federação. Assim, o instituto da estabilidade, que, a par de um direito, para o servidor, de permanência no serviço público enquanto bem servir, representa para a Administração a garantia de que nenhum servidor nomeado por concurso poderá subtrair-se ao estágio probatório de dois anos. Por isto, não pode a Administração federal, estadual, ou municipal ampliar o prazo fixado pelo Texto Constitucional, porque estaria restringindo direito do servidor público; mas também não pode diminuí-lo ou estendê-lo a outros servidores que não os nomeados por concurso, porquanto estaria renunciando a prerrogativas constitucionais consideradas essenciais na relação Estado-agente administrativo. Não sendo lícito ao ente federado renunciar a essas prerrogativas, nula e de nenhum efeito disposição estatutária em desacordo com o preceito constitucional”. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 120133/MG. Relator: Ministro Mauricio Correa. 2ª Turma. 27 set. 1996. *Diário de Justiça da União*, v. 1852, n. 3, p. 447, 29 nov. 1996, p. 47175.

133 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 7. ed. São Paulo: Dialética, 2000. p. 91-92.

públicos federais) sobre o processo administrativo disciplinar. O artigo 69 daquele diploma legal estabelece: “*Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes subsidiariamente os preceitos desta lei*”. Logo, os princípios gerais consagrados na Lei nº 9.784/99 aplicam-se subsidiariamente ao processo administrativo disciplinar, que pode ser considerado um processo específico.

Feitas estas considerações, o art. 148 da Lei nº 8.112/90 (Regime Jurídico Único dos Servidores da União) delimita uma das espécies do processo administrativo disciplinar: o “processo disciplinar” destinado à apuração de ilícito punível com a sanção de demissão. Estabelece que o processo disciplinar é o instrumento destinado a apurar a responsabilidade (administrativa) de servidor por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as prerrogativas do cargo ou função em que se encontre investido. Com efeito, pelo exercício irregular de suas atividades funcionais, descumprimento dos deveres e inobservância às proibições, o servidor responde administrativa, penal e civilmente.

A responsabilidade administrativa decorre da prática pelo servidor de condutas comissivas ou omissivas, consideradas irregulares no desempenho do cargo ou função. A responsabilidade penal abrange os crimes e contravenções imputados ao servidor, quando agir nesta qualidade. A responsabilidade civil, por outro lado, resulta de procedimento culposo ou doloso, que importe prejuízo à Fazenda Pública ou a terceiros, perquirida em ação regressiva. As cominações administrativas, penais e civis, ainda que independentes, são cumulativas.<sup>134</sup>

Em sede do ilícito administrativo, Edmir NETTO DE ARAÚJO considera que o processo é “*procedimento que prevê, em sua estrutura, o diálogo manifestado pelo contraditório, que é a bilateralidade de audiência, ou a ciência bilateral dos atos do processo e a possibilidade de impugná-los*”. Os procedimentos seriam, por conseguinte, “*as formalizações de passos encadeados em seqüência lógica, em direção ao objetivo final (‘produto’ final, ‘provimento’ final) visado, sem a previsão do contraditório na respectiva estrutura*”.<sup>135</sup>

Em outras palavras, o exercício da competência disciplinar explicita-se mediante processo ou procedimento administrativo. A delimitação dos dois campos não pode ser feita somente pela análise do art. 41 da Constituição, visto que a regra especial não afasta a incidência da geral, insculpida no art. 5º, LV da CF.

O art. 41, mesmo após a Emenda Constitucional nº 19/1998, retoma a tradição brasileira de expressa garantia do processo administrativo com ampla defesa para

134 Muito embora vigore a independência das instâncias, prevalece a regra de que a decisão absolutória proferida na instância penal prepondera sobre as demais instâncias em caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou a sua autoria. (art. 126, da Lei 8.112/90) e art. 1525, do Código Civil.

135 ARAÚJO, Edmir Netto de. O Ilícito Administrativo e seu Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 128.



os servidores estáveis em caso de sanção de perda do cargo.<sup>136</sup> Como o processo administrativo disciplinar constitui espécie do gênero processo administrativo, a regra do art. 41 é regra especial que não afasta, antes pressupõe, a observância da norma geral de processo administrativo prevista no art. 5º, incisos LIV e LV da CF. A configuração constitucional do processo administrativo disciplinar resulta da combinação das regras gerais previstas no Título II da Constituição (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”) e das especiais previstas no Título III (“Da Organização do Estado”).

A reforma administrativa afetou as regras do processo administrativo disciplinar e não as regras gerais do processo administrativo, cláusulas pétreas em nosso sistema constitucional (art. 60, §4º, IV da CF).<sup>137</sup> A interpretação e concretização da Emenda Constitucional não pode afastar-se do juízo de conformidade com as cláusulas pétreas, porque a pretexto de reformar-se o processo administrativo disciplinar, há o risco evidente de reformar-se, indiretamente, as garantias inerentes a todo processo administrativo.<sup>138</sup>

## 5. Conclusões

De todo o exposto, conclui-se que:

(a) O processo e o procedimento administrativo disciplinar constituem garantias constitucionais, com as decorrências já salientadas de vinculação do legislador, do aplicador e do intérprete à Constituição;

---

136 No tocante à previsão do processo administrativo disciplinar para perda do cargo de servidor estável, a Emenda Constitucional nº 19 de 1998 continuou prevendo que o servidor público estável somente perderá o cargo em caso de sentença judicial transitado em julgado (inciso I, do § 1º, do art. 41), mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa (inciso II, § 1º, do art. 41). Quanto a estas duas possibilidades, saliente-se que antes da Emenda elas eram previstas conjuntamente no mesmo parágrafo e unidas pelo conectivo “ou”, agora estão separadas em incisos, suprimido o conectivo “ou” e acrescentado o ponto e vírgula (“;”). A Emenda Constitucional também adicionou mais um tipo de processo administrativo disciplinar para perda do cargo de servidor estável, que representa um dos pontos principais da reforma administrativa: o procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma da lei complementar, assegurada ampla defesa (inciso III, § 1º, do art. 41). Como já assinalado, a exoneração de servidor estável por excesso de quadros, mais uma novidade da reforma, não configura quarta modalidade de processo disciplinar, porque compreendido no § 1º, inc. II, do art. 41.

137 Os “direitos e garantias fundamentais” fazem parte do núcleo das cláusulas pétreas ao lado da forma federativa de Estado (inciso I), voto direto, secreto, universal e periódico (inciso II), e separação dos poderes (inciso III). O processo administrativo, previsto no art. 5º, LV, constitui, nesse sentido, garantia individual para efeitos do § 4º, do art. 60, da CF.

138 Esta afirmação encontra apoio em sólida jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Em ação direta de inconstitucionalidade contra a Emenda nº 16/97 — a Emenda da reeleição — o Supremo, no julgamento da medida cautelar, conheceu da ação em virtude “da jurisprudência do STF no sentido de que só é viável o controle abstrato de constitucionalidade contra Emenda à Constituição Federal na hipótese de violação ao § 4º, do art. 60”. Prosseguindo o julgamento, o Tribunal admitiu, implicitamente, a possibilidade de interpretação conforme a Constituição de Emenda Constitucional quando indeferiu a liminar em que se requeria a interpretação conforme a Constituição do § 5º, do art. 14, para aplicar aos casos ali previstos o § 6º do mesmo art. 14, entendendo que “à primeira vista, não é possível interpretar a CF de modo a criar cláusula restritiva de direitos políticos não prevista, expressamente, no texto constitucional”. O Ministro Marco Aurélio foi vencido, já que “deferir a cautelar por entender que não se poderia emprestar alcance ao § 5º, do art. 14, da CF, de modo a que os candidatos à reeleição permanecessem nos seus respectivos cargos sem a necessidade da desincompatibilização, sob pena de conflito com o sistema constitucional em vigor”. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Medida Cautelar 1805-DF. Relator: Ministro Neri da Silveira. Julgamento: 26.03.98. Informativo n. 104, do STF.

- (b) Enquanto garantia de meios e de resultados, o processo exige a incidência do contraditório e da ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes;
- (c) A disciplina processual deverá fazer-se presente quando, no exercício da competência disciplinar, a Administração litigue ou acuse servidor público (sentido amplo);
- (d) Da mesma forma, impõe-se o regime processual na hipótese de uma decisão administrativa implicar privação da liberdade ou de bens do cidadão;
- (e) O litigante ou o acusado detêm a posição de sujeito processual, gozando de todas as prerrogativas legais e constitucionais conferidas por esta condição;
- (f) Tratando-se de acusados em geral, abrange servidores públicos estáveis e não estáveis (qualquer acusado) como também sanções administrativas leves ou graves (qualquer acusação);
- (g) Em sentido negativo, haverá procedimento administrativo disciplinar e não processo quando a Administração apura fatos sem aplicar sanção de qualquer espécie ou quando desta investigação não decorra provimento capaz de atingir a esfera jurídica individual do servidor.

## 6. Referências bibliográficas

- ALESSI, Renato. *Principi di Diritto Amministrativo: i Soggetti Attivi e L'Esplicazione della Funzione Amministrativa*. t. I. 4ª ed. Milano: Giuffrè, 1978.
- ARAÚJO, Edmir Netto de. *O Ilícito Administrativo e seu Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- BACACORZO, Gustavo. *Ley de Procedimientos Administrativos: Normas Generales*. San Isidro: Universidad Femenina del Sagrado Corazón, 1994.
- BACACORZO, Gustavo. *Tratado de Derecho Administrativo*. t. II. 2ª ed. Miraflores: Gaceta Juridica, 1997.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral da Cidadania: a Plenitude da Cidadania e as Garantias Constitucionais Processuais*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- BARROS, José Fernando Cedeño de. *Aplicação dos Princípios Constitucionais do Processo no Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BARTOLI, Eugenio Cannada. *Processo Amministrativo: Considerazioni Introduttive*. *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, v. XIII, 1966.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst – Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.
- BONILHA, Paulo Celso Bergstrom. *Da Prova no Processo Administrativo Tributário*. São Paulo: LTR, 1992.
- BORGES, José Souto Maior. *O contraditório no processo judicial: uma visão dialética*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- CAETANO, Marcello. *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. Coimbra: Coimbra, 1994.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1995.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- CARNELUTTI, Francesco. *Verità, Dubbio, Certezza*. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, n. 1, gen./mar. 1965.
- CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. t. I e II. 5ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1996.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo: Para uma Dogmática Constitucional Emancipatória*. Trabalho proferido no Seminário Nacional sobre o uso Alternativo do Direito. Rio de Janeiro: COAD, 1993.
- COMADIRA, Julio Rodolfo. *Algunas reflexiones sobre el procedimiento administrativo*. *Boletín del Instituto de Derecho Administrativo Profesor Rafael Bielsa*, Buenos Aires, n. 5, 1972.
- COMOGLIO, Luigi Paolo et al. *Lezioni sul Processo Civile*. Bologna: Il Mulino, 1995.
- COTRIM NETO, A. B. *Do Contencioso Administrativo e do Processo Administrativo: no Estado de Direito*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 95, p. 141-156, jul./set. 1987.

- COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. *A Lide e o Conteúdo do Processo Penal*. Curitiba: Juruá, 1989.
- COUTURE, Eduardo J. *Estudios de Derecho Procesal Civil: la Constitución y el Proceso Civil*. t. I. 3ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1979.
- COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1993.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Processo constitucional e a efetividade dos direitos fundamentais. In: José Adércio Leite Sampaio; Álvaro Ricardo de Souza Cruz (coord.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- DENTI, Vittorio. Questioni Rilevabili D'Ufficio e Contraddittorio. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, n. 2, apr./giu. 1968.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 1997.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. v. 1. Coimbra: Coimbra, 1974.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. 6ª ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997.
- DROMI, Roberto. *El Procedimiento Administrativo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996.
- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Justificação Teórica dos Procedimentos Especiais. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 330, p. 3-14, abr./mai./jun. 1995.
- FAZZALARI, Elio. Processo: Teoria Generale. *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, v. XIII, 1966.
- FERRAZ, Sérgio. Instrumentos de Defesa do Administrado. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 165, p. 11-22, jul/set. 1986.
- FERREIRA, Sérgio de Andréa. A Garantia da Ampla Defesa no Direito Administrativo Processual Disciplinar. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 19, p. 60-68, jan./mar. 1972.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- FIGUEIREDO, Lucia Valle. Estado de Direito e Devido Processo Legal. *Separata da Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*, São Paulo, n. 32, p. 15-27, out./dez. 1997.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1979.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. Introdução à Teoria da Prova Administrativa. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 21, p. 33-42, jul./set. 1972.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Introdução ao Direito Processual Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. O Processo Administrativo nos Pressupostos de Positividade Jurídica. *Arquivos do Ministério da Justiça*, Rio de Janeiro, n. 141, p. 22-42, jan./mar. 1977.
- FREITAS, Juarez. Funcionalismo e Estruturalismo: Diálogo com o Pensamento Jurídico de Norberto Bobbio. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 53, p. 34-49, nov. 1991.
- GALUPPO, Marcelo Campos. Hermenêutica constitucional e pluralismo. In: José Adércio Leite Sampaio; Álvaro Ricardo de Souza Cruz (coord.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Do Direito de Defesa em Inquérito Administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 183, p. 9-18, jan./mar. 1991.

A DISTINÇÃO ENTRE PROCESSO E PROCEDIMENTO  
ADMINISTRATIVO: CONSEQUÊNCIAS QUANTO AO  
REGIME JURÍDICO E ÀS GARANTIAS DO PROCESSO DISCIPLINAR

- GRINOVER, Ada Pelegrini. Princípio do Contraditório: Infringência. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 21, dez. 1983.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 7. ed. São Paulo: Dialética, 2000.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Problemi del Processo Civile*. Napoli: Morano, 1962.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil: o Acesso à Justiça e os Institutos Fundamentais do Direito Processual*. São Paulo: RT, 1993.
- MARQUES, José Frederico. A Garantia do *Due Process of Law* no Direito Tributário. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 5, jul./set. 1968.
- MATTARELLA, Bernardo Giorgio. La Tutela Degli Interessati nel Procedimento Amministrativo: un Convegno sull' Esperienza Europea. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milano, n. 3, 1996. p. 885.
- MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais*. t. IV. Coimbra: Coimbra, 1988.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967: com a Emenda n. 1 de 1969*. t. V. 2ª ed. São Paulo: RT, 1970.
- MUNHOZ DA CUNHA, Alcides Alberto. *A Lide Cautelar no Processo Civil*. Curitiba: Juruá, 1992.
- OLIVEIRA, Odília Ferreira da Luz. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- OLMEDO, Jorge Clariá. *Derecho Procesal: Conceptos Fundamentales*. t. I. Buenos Aires: Depalma, 1989.
- PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *O Direito à Defesa na Constituição de 1988: o Processo Administrativo e os Acusados em Geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.
- PONDÉ, Lafayette. Considerações sobre o Processo Administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 130, p. 1-11, out./dez. 1977.
- RAMON, Alberto Real. Fundamentación del Acto Administrativo. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 62, p. 5-20, abr./jun. 1982.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coord.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- SANDULLI, Aldo M. *Il Procedimento Amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1959.
- SUNDFELD, Carlos Ari. A Importância do Procedimento Administrativo. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 84, p. 64-74, out./dez. 1987.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, 1992.
- VIGORITI, Vincenzo. Garanzie Costituzionali della Difesa nel Processo Civile. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, n. 1, gen./mar. 1965.
- XAVIER, Alberto. *Do Procedimento Administrativo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.



# PRINCIPIOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO DISCIPLINARIO ESPECIAL REFERENCIA A LA LEY N° 19.121

Augusto Durán Martínez







## PRINCIPIOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO DISCIPLINARIO ESPECIAL REFERENCIA A LA LEY N° 19.121

Augusto Durán Martínez<sup>1</sup>

**SUMARIO:** 1. Introducción; 2. Alcance de la Numeración del Artículo 71; 3. Proporcionalidad; 4. Culpabilidad; 5. Presunción De Inocencia; 6. Debido Proceso; 7. Non Bis In Idem; 8. Reserva; 9. Nulla Poena Sine Lege; 10. Apreciaciones Finales.

### I. Introducción

El poder punitivo o sancionador de la comunidad política es único, puesto que deriva del poder político, el que a su vez deriva de la naturaleza humana.<sup>2</sup>

No obstante esa unidad, tiene manifestaciones diferentes: una penal y otra administrativa. Esas diferencias no son meramente formales sino sustanciales, lo que explica que la primera se ejerza a través de la función jurisdiccional por un órgano jurisdiccional y por medio de un procedimiento jurisdiccional y la segunda a través de la función administrativa, por un órgano administrativo, y por medio de un procedimiento administrativo.<sup>3</sup>

En virtud de la unidad señalada, existen principios comunes. Pero, en virtud de las diferencias indicadas hay también principios diferentes o especificaciones distintas de un mismo principio. El derecho administrativo sancionador o represivo es derecho administrativo y no derecho penal.<sup>4</sup>

Como el derecho penal tuvo un desarrollo anterior al derecho administrativo sancionador, para este derecho los principios del derecho penal han sido un punto de referencia ineludible. Pero no se puede trasladar sin más los principios de derecho penal al derecho administrativo, por la distinta naturaleza de ambas disciplinas jurídicas.

---

1 Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, título expedido por la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Diploma de Derecho Público expedido por el Instituto Internacional de Administración Pública (París. República Francesa). Catedrático de Derecho Público II y III (Derecho Administrativo y Derecho Procesal Constitucional respectivamente) en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República.

Catedrático de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay “Dámaso Antonio Larrañaga”.

Catedrático de Derecho Público en el Instituto Universitario Politécnico del Uruguay.

Catedrático de Procesos Constitucionales en la Facultad de Derecho del Instituto Universitario CLAEH.

Director del Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay “Dámaso Antonio Larrañaga”.

Decano Emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay “Dámaso Antonio Larrañaga”.

Miembro del Instituto de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República y de numerosas asociaciones nacionales e internacionales en materia de derecho Administrativo.

2 DURÁN MARTÍNEZ, A., “Principios de legalidad, tipicidad y culpabilidad en el derecho administrativo sancionador”, en DANÓS ORDÓÑEZ, J.L./ REYMER NÚÑEZ, G.A./ HUAMÁN PAREDES, N.A., (Coordinadores) *Derecho Administrativo en el Siglo XXI*. ADRUS Editores, Lima, 2013, vol. I, p. 487.

3 DURÁN MARTÍNEZ, A., “Principios de legalidad...”, loc. cit., p. 487.

4 NIETO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*. Tecnos. Madrid, 2011, p. 27.

A su vez, el derecho administrativo sancionador puede ser externo o interno.

El interno recibe en nuestro país el nombre de *derecho disciplinario*.<sup>5</sup> La potestad administrativa disciplinaria se ejerce respecto de funcionarios públicos. En ese sentido está utilizado el término *disciplinario* en el LIBRO II del decreto N° 500/991, de 27 de setiembre de 1991.

El derecho administrativo sancionador externo no recibe una denominación especial.

Por ser ambos derecho administrativo que refiere a manifestaciones sancionadoras de la Administración presentan principios comunes. Pero, en virtud de sus diferencias, no todos los principios son comunes e, incluso, los principios comunes pueden presentar distintas especificaciones. No se puede olvidar que el derecho administrativo sancionador externo se ejerce sobre particulares, que actúan en el ámbito de la libertad, o sobre otros sujetos públicos u órganos públicos,<sup>6</sup> pero sin que en estos casos las potestades de la Administración se desenvuelvan en el marco de los poderes jerárquicos. En cambio, el derecho disciplinario es inherente a la jerarquía, por lo que desenvuelve poderes propios de la jerarquía. La aplicación del derecho disciplinario es, al decir de MÉNDEZ, una de las manifestaciones del elemento jurídico; las potestades, uno de los contenidos de la relación jerárquica.<sup>7</sup>

Como el título de este trabajo lo indica, referiré a los principios del derecho disciplinario. Pero no a todos, aludiré exclusivamente a los contemplados en la ley N° 19.121, de 20 de agosto de 2013.

El hecho de que refiera a los principios recogidos en la ley indicada no significa que entienda que esos principios valen en virtud de su positivización y que por ser recepcionados en una ley tengan valor y fuerza de ley.

Como lo he sostenido en más de una oportunidad, los principios generales de derecho son atributos esenciales de las cosas, de ahí que se diga que derivan de la naturaleza de las cosas.<sup>8</sup>

Si esa cosa es la persona humana, como la persona humana no es creada por el hombre los principios generales tendrán un valor y fuerza superior que los principios derivados de cosas creadas por actos humanos. Si la cosa es creada por un acto

5 DURÁN MARTÍNEZ, A., “Principios de legalidad...”, loc. cit., p. 488; DURÁN MARTÍNEZ, A., Principio del debido proceso en el procedimiento administrativo represivo”, en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Neoconstitucionalismo y derecho administrativo*. LA LEY Uruguay. Buenos Aires, 2012, pp. 112 y ss.

6 Ver por ejemplo: en materia de relaciones de consumo, DURÁN MARTÍNEZ A., “El control administrativo y las relaciones de consumo con entidades estatales en el marco de la ley N° 17.250”, en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Estudios de Derecho Público*. Montevideo, 2004, vol. I, pp. 309 y ss.

7 MÉNDEZ, A., *La Jerarquía*. Amalio M. Fernández. Montevideo, 1973, pp. 36 y ss., 103 y ss.; 105 y ss.

8 DURÁN MARTÍNEZ, A., “Los principios generales de derecho en el derecho administrativo. Aplicación por el legislador, el administrador y el juez”, en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Neoconstitucionalismo y...*, p.87.

humano, tendrá el valor y fuerza del acto creador con lo que podrán tener valor y fuerza de constitución, de ley o de reglamento, según cuál sea el acto creador.

Por esa razón, los principios recepcionados por la ley Nº 19.121, si derivan de la personalidad humana, no tienen valor y fuerza de ley sino que son supraconstitucionales.

Y esos que son supraconstitucionales se aplican a todos los funcionarios, aunque no estén comprendidos en el ámbito de aplicación de la ley.<sup>9</sup>

## **2. Alcance de la numeración del Artículo 71**

Efectuadas las apreciaciones que anteceden procederé a abordar concretamente los principios indicados en la ley.

La ley destina un artículo, el 71, a los principios.

Este artículo lleva como *nomen juris* “Principios generales”.

Luego de ese *nomen juris* contiene un acápite que dice: “La potestad disciplinaria se ejercerá de acuerdo a los siguientes principios:” y, a continuación, enumera una serie de ellos.

La redacción puede llevar a la errónea impresión de que efectúa una enumeración taxativa. No es así. Hay otros principios contemplados en la propia ley fuera de este artículo y otros ni siquiera mencionados, que por derivar de la persona humana o de la Constitución también rigen. Además, en buena medida, para una real comprensión de los principios indicados en el artículo 71 es preciso en varios de ellos acudir a otros artículos de la ley o de otros textos jurídicos. La enumeración del artículo 71 es, pues, enunciativa y no taxativa.

Con estas nuevas precisiones comenzaré a estudiar los principios indicados en el artículo 71 en el orden por él seguido.

## **3. Proporcionalidad**

El primer principio enumerado es el de proporcionalidad. Este principio está enunciado de la siguiente manera:

- “De proporcionalidad o adecuación. De acuerdo con el cual la sanción debe ser proporcional o adecuada en relación con la falta cometida.”

---

<sup>9</sup> El artículo 2 de la ley en estudio, dice que ella se aplica a los funcionarios públicos del Poder Ejecutivo, con excepción de los funcionarios diplomáticos, consulares, militares, policiales y de los magistrados dependientes del Ministerio Público y Fiscal. Por otra parte, el artículo 102, con relación a los funcionarios referidos en los literales B) a E) del artículo 59 de la Constitución, prevé la aplicación progresiva en un plazo máximo de veinticuatro meses del contenido del articulado de esa ley referida a ciertos puntos, entre ellos el relativo a los principios generales del derecho administrativo disciplinario.

Hace muchos años sostuve la vigencia del principio de proporcionalidad en el ámbito del derecho disciplinario.<sup>10</sup>

Allí partí de la concepción aristotélico-tomista del derecho como lo justo, de lo que se deriva que la proporcionalidad está en su esencia.

En tal sentido escribí: “La Administración entonces, al decir el Derecho, o al crearlo, o al aplicarlo, debe hacerlo conforme a su naturaleza; es decir, debe guardar siempre la exacta proporción. Si un sujeto comete una falta, merece una sanción y ésta debe ser proporcional a aquélla. Si no lo es, si un sujeto recibe una sanción mayor o menor de la que verdaderamente corresponde, no se efectúa el “justo reparto de las cargas” y se lesiona el principio de igualdad. Ese acto que impone la sanción, entonces, es ilegítimo porque no se ajusta a la esencia del Derecho; contiene un vicio, que como bien dice Frugone Schiavone, constituye –en la terminología de nuestra Constitución–, una violación a una regla de Derecho y, por tanto, afecta la regularidad jurídica del acto que lo contenga”.<sup>11</sup>

De esta manera limitaba considerablemente la discrecionalidad administrativa predicada mayoritariamente por la doctrina y jurisprudencia de la época, e iba más allá del *arrêt* *LEBON* del Consejo de Estado Francés, de 9 de junio de 1978, que admitía el control jurisdiccional en la materia solamente en caso de existir un error manifiesto de apreciación.<sup>12</sup>

Esta jurisprudencia francesa significó un avance ya que abría una brecha en la posición tradicional, puesto que el juez administrativo se rehusaba a analizar si la sanción inflingida era excesiva con relación a la falta cometida.<sup>13</sup> Fue un avance teniendo en cuenta que admitió el control y, por ende, la anulación si se advertía la existencia de un error manifiesto de apreciación, o sea, si ese error era evidente o grosero. Pero fue un avance limitado porque, como se ha dicho, entiendo que la ilegalidad existe si hay desproporcionalidad, siendo irrelevante si el error de apreciación es manifiesto o no. No importa que ese error sea grosero, basta con que exista.

El texto legislativo ahora comentado exige la proporcionalidad o adecuación entre la falta y la sanción, con lo que no se recoge como exigencia que el error sea manifiesto para que el acto que lo contenga sea ilegítimo.

10 DURÁN MARTÍNEZ, A., “Proporcionalidad entre la falta y la sanción”, en *Revista Uruguaya de Estudios Administrativos*. Acalí Editorial. Montevideo, 1980, N° 1. También fue publicado en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Estudios de Derecho Administrativo. Parte General*. Montevideo, 1999, pp. 85 y ss. En lo sucesivo las citas que efectuaré corresponden a la segunda publicación.

11 DURÁN MARTÍNEZ, A., “Proporcionalidad entre...”, en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Estudios de Derecho Administrativo...*, p. 89.

12 *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Paris, 1979, N° 1, pp. 238 y ss.

13 AUBY, J.M., “Le contrôle juridictionnel du degré de gravité d’une sanction disciplinaire (Conseil d’État, 9 juin 1978, Lebon)”, en *Revue du Droit Public et...*, loc. cit., pp. 227 y ss.

No menciona el fin, pero también debemos tenerlo en cuenta. La sanción debe ser adecuada a la falta cometida y al fin de la potestad disciplinaria. Es que el acto administrativo (la sanción se impone por un acto administrativo) debe guardar una razonable adecuación entre el contenido y los motivos<sup>14</sup> y entre el contenido y el fin.<sup>15</sup> Si no se da esa adecuada relación se produce el vicio que conocemos con el nombre de abuso de poder.<sup>16</sup>

Por eso es que aunque no se mencione en la ley la adecuación al fin, por principio también ésta debe verificarse.

Con el tiempo volví sobre el tema. Mantuve la misma posición en lo sustancial pero con una leve flexibilización.

Efectivamente, 30 años después, evocando aquella vieja nota de jurisprudencia que efectué sobre el *arrêt* *LEBON*, escribí:

“Partí allí del derecho como analogado principal.

En ese sentido, buceando en la concepción aristotélico-tomista, afirmé que el derecho es lo justo, es algo proporcional. En definitiva, derecho es proporción.

Debe existir, así, una adecuada proporción entre los motivos y el contenido de todo acto jurídico y entre el contenido y el fin.

Si el contenido es desproporcionado a los motivos o al fin, el acto es ilegítimo. Desconoce la esencia misma del derecho. No es necesario para que exista ilegitimidad que esa desproporción sea grosera, manifiesta; basta que exista una falta de proporción.

Esa falta de proporción puede ser en más o en menos. Dicho de otra manera, puede ser más o menos gravosa para el destinatario del acto. Si es más gravosa, habrá siempre una ilegitimidad. Si es menos gravosa, no necesariamente habrá ilegitimidad; razones de buena administración, siempre que no exista desviación de poder o se incurra en una discriminación, pueden aconsejar una medida menos gravosa.”<sup>17</sup>

14 GIANOLA MARTEGANI, A., “Los límites de la potestad disciplinaria: razonable adecuación de la sanción a la falta”, en *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*. Montevideo, 1972, t. 72, pp. 155 y ss.

15 FRUGONE SCHIAVONE, H., “Control de la discrecionalidad administrativa, principios generales de derecho y abuso de poder”, en *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*. Montevideo, 1972, t. 72, pp. 155 y ss.; BRITO, M., “De la razonabilidad del acto administrativo: la cuestión de su control jurisdiccional anulatorio”, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, año XXIII, julio-diciembre 1975, Nº 3-4, pp. 171 y ss.; BRITO, M., “La aptitud del acto administrativo para el fin debido: supuesto de principio en que reposa la discrecionalidad”, en *A.A.V.V., Estudios de Derecho Administrativo*. Universidad de la República. Montevideo, 1979, tomo II, pp. 29 y ss.

16 FRUGONE SCHIAVONE, H., “La discrecionalidad administrativa”, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*. Universidad de la República. Montevideo, año XXVI, enero-junio de 1982, Nº 1, pp. 102 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, A., “Desviación, abuso y exceso de poder”, en *DURÁN MARTÍNEZ, A., Estudios de Derecho Administrativo...*, pp. 133 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, A., *Contencioso Administrativo*. F.C.U. Montevideo, 2007, pp. 294 y ss.

17 DURÁN MARTÍNEZ, A., “Control jurisdiccional de la discrecionalidad administrativa”, en *Estudios de Derecho Administrativo*. LA LEY Uruguay, 2012, Nº 5, p. 62.

La proporcionalidad no puede hacernos olvidar la dimensión humana del derecho lo que, por cierto, incluye la buena administración. Por eso es que hay que tener en cuenta que, excepcionalmente y sin incurrir en desviación de poder y sin desconocer el principio de igualdad, pueden aparecer razones de buena administración que aconsejen imponer una sanción inferior a la que en una situación normal hubiera correspondido o, incluso, no iniciar un procedimiento disciplinario.

Lo expuesto precedentemente es importante a los efectos de interpretar adecuadamente el artículo 70 de la ley en estudio.

Este artículo dice:

“Artículo 70. (Potestad disciplinaria).- La potestad disciplinaria es irrenunciable. Constatada una irregularidad o ilícito en el servicio o que lo afecte directamente aun siendo extraños a él, se debe disponer la instrucción del procedimiento disciplinario que corresponda a la situación.

Constatada efectivamente, en el respectivo procedimiento disciplinario, la comisión de una falta y su responsable, se debe imponer la sanción correspondiente.

La violación de este deber configura falta muy grave.”

Por supuesto que la potestad disciplinaria es irrenunciable. Pero pueden existir razones legítimas para no ser ejercida en un caso concreto y, en ese caso, no hay ilegitimidad alguna.

Una interpretación literal de este artículo se encuentra en la línea rígida de mi primera posición. Creo más acertada mi segunda posición sobre el tema, algo más flexible, más acorde a la buena administración y a la dimensión humana del derecho. Es desde esta perspectiva y desde la noción de equidad de ARISTÓTELES<sup>18</sup> que se debe interpretar y aplicar este artículo.

#### **4. Culpabilidad**

El segundo principio recogido es el de culpabilidad. Está enunciado en los siguientes términos:

---

18 “Cuando la ley dispone de una manera general, y en los casos particulares hay algo excepcional, entonces, viendo que el legislador calla o que se ha engañado por haber hablado en términos absolutos, es imprescindible corregirle y suplir su silencio, y hablar en su lugar, como él mismo lo haría si estuviera presente; es decir, haciendo la ley como él la habría hecho, si hubiera podido conocer los casos particulares de que se trata.

Por tanto, lo equitativo es también justo, y vale más que lo justo en ciertas circunstancias, no más que lo justo absoluto, pero es mejor, al parecer, que la falta que resulta de los términos absolutos que la ley se vio obligada a emplear. Lo propio de lo equitativo consiste precisamente en restablecer la ley en los puntos en que se ha engañado a causa de la fórmula general de que se ha servido.” ARISTÓTELES. Moral, a Nicómaco. Colección Austral. Espasa Calpe S.A. Madrid, 1972, 6ª edición, p. 152.

- “De culpabilidad. De acuerdo con el cual se considera falta disciplinaria los actos u omisiones intencionales o culposos, quedando excluida toda forma de responsabilidad objetiva.”

Este texto guarda, en este aspecto, perfecta coherencia con el artículo 72.

Este artículo expresa:

“Artículo 72. (Definición de falta).- La falta susceptible de sanción disciplinaria, es todo acto u omisión del funcionario, intencional o culposo, que viole los deberes funcionales. Considéranse deberes funcionales las obligaciones, prohibiciones e incompatibilidades del funcionario, establecidas por la regla de derecho.”

La primera parte de este artículo recoge textualmente el artículo 169 del decreto N° 500/991, de 27 de setiembre de 1991, que, a su vez, repetía el artículo 181 del decreto N° 640/973, de 8 de agosto de 1973, que partía de una definición de SAYAGUÉS LASO. En efecto, el Maestro decía que “la falta susceptible de sanción disciplinaria es todo acto u omisión del funcionario, intencional o culposo, que viole los deberes funcionales.”<sup>19</sup> La novedad aparece en la segunda oración, que no refiere a la culpabilidad sino a la tipicidad, por lo que será analizada más adelante.

Este artículo legislativo recoge la tradición nacional en la materia que rechaza la responsabilidad administrativa objetiva.<sup>20</sup>

ROTONDO TORNARÍA, al estudiar el principio de culpabilidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador externo, lo entendió comprendido en el artículo 72 de la Constitución por ser “acorde con las bases de un Estado personalista de derecho, en especial las de respeto de la dignidad humana y del valor justicia.”<sup>21</sup>

Participé de la opinión de ROTONDO en otra oportunidad<sup>22</sup> y estimo que lo mismo puede decirse respecto al principio de culpabilidad en el ámbito del derecho administrativo disciplinario.

Conforme a este principio, para que se configure una falta no basta con probar el hecho violatorio de los deberes funcionales; es preciso acreditar, además, el elemento

---

19 SAYAGUÉS LASO, E., *Tratado de Derecho Administrativo*, 7ª edición, puesta al día a 1998 por Daniel Hugo MARTINS. F.C.U. Montevideo, 1998, t. I, p. 272.

20 SAYAGUÉS LASO, E., *Tratado...*, t. I, p. 272; DURÁN MARTÍNEZ, A., “Principios del procedimiento disciplinario”, en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Estudios de Derecho Administrativo. Parte General*. Montevideo, 1999, p. 304; BRITO, M.R., “Principios del procedimiento disciplinario”, en BRITO, M.R., *Derecho Administrativo, su permanencia, contemporaneidad, prospectiva*. Universidad de Montevideo/ Facultad de Derecho. Montevideo, 2004, p. 412; LORENZO, S., “Procedimiento disciplinario”, en *Revista de Derecho Público*, F.C.U., Montevideo, año 2010, N° 38, p. 88.

21 ROTONDO TORNARÍA, F., “Principios de culpabilidad y de non bis inidem en materia de actividad sancionatoria de la Administración”, en *Estudios de Derecho Administrativo*, N° 2. LA LEY Uruguay, 2010, p. 159.

22 DURÁN MARTÍNEZ, A., “Principios de legalidad...”, loc. cit., p. 499.

subjetivo. La culpabilidad no se presume: debe probarse o, al menos, inferirse fehacientemente de las circunstancias fácticas en cada caso concreto.

## 5. Presunción de inocencia

El siguiente principio recepcionado en el artículo 71 en análisis es el de presunción de inocencia.

Está plasmado de la siguiente manera:

- “De presunción de inocencia. De acuerdo con el cual el funcionario sometido a un procedimiento disciplinario tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad y se presumirá su inocencia mientras no se establezca su culpabilidad por resolución firme dictada con las garantías del debido proceso, sin perjuicio de la adopción de las medidas preventivas que correspondan.”

Este principio ya había sido reconocido expresamente en el artículo 170 del decreto N° 500/991, de 27 de setiembre de 1991, que establece:

“Artículo 170º.- El funcionario público sometido a un procedimiento disciplinario tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad, y se presumirá su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad por resolución firme dictada con las garantías del debido proceso (Convención Americana de Derechos Humanos, ‘Pacto de San José de Costa Rica’, arts. 8 numeral 2 y 11).”

Como se percibe, en ambos textos se relaciona acertadamente el principio de presunción de inocencia con el derecho a la honra y dignidad del funcionario. Y, además, adviértase que el decreto N° 500/991, en este punto, una vez más alude al Pacto de San José de Costa Rica, concretamente al artículo 8, numeral 2 y 11.<sup>23</sup>

### 23 Artículo 8. Garantías judiciales.

1. ...

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

- a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
- b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;
- c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
- e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
- f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
- g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
- h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.”

### Artículo 11. Protección de la honra y de la dignidad.

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.



En general se ha admitido que estos artículos Convención Americana de Derechos Humanos se aplican tanto al proceso como al procedimiento administrativo,<sup>24</sup> y así también lo ha entendido la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos.<sup>25</sup> Nuestro decreto N° 500/991 se anticipó a esa doctrina y a esa jurisprudencia.

Más allá de esa referencia al Pacto de San José de Costa Rica, lo importante es que ella revela que estamos ante un derecho humano y, por tanto, de máximo valor y fuerza. Por cierto que eso es así por una razón óntica y no porque lo diga la Convención Americana de Derechos Humanos o la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Pero al reconocerlo la Corte, obliga a una carga de argumentación considerable para descartar que sea un derecho humano.

Este principio, a mi juicio, forma parte del principio del debido proceso porque se relaciona con la actividad probatoria. Es la Administración la que debe probar que se ha cometido una falta y no el imputado su inocencia.<sup>26</sup> Pero es tan importante –para algunos el más importante del derecho sancionador–<sup>27</sup> que por eso a menudo se le estudia separado del de debido proceso.

Sea autónomo o un subprincipio del de debido proceso, lo importante es que es inherente a la persona humana, es de mayor valor y fuerza, lo que lleva a cuestionar los textos de derecho positivo que lo afecten tales como los que imponen al imputado el deber de colaborar con el instructor y las actitudes del instructor, lamentablemente frecuentes, que más que buscar la verdad lo que procuran es encontrar un culpable, con lo que arrasan con la dignidad y la honra del imputado.

A la luz de lo expresado es que debe interpretarse y aplicarse el segundo inciso del artículo 196 del decreto N° 500/991, de 27 de setiembre de 1991, en la infeliz redacción dada por el decreto N° 420/007, de 7 de setiembre de 2007,<sup>28</sup> acertadamente cuestionada por la doctrina.<sup>29</sup>

---

3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.”

24 MACHADO ARIAS, J.P., “El procedimiento y proceso administrativo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en MACHADO ARIAS, J.P., (Coordinador), *Procedimiento y Justicia Administrativa*. Konrad Adenauer Stiftung. México, 2009, p. 132; DURÁN MARTÍNEZ, A., “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la perspectiva del derecho administrativo. Especial referencia al caso GELMAN Vs. Uruguay”, en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Neoconstitucionalismo y...*, pp.831 y ss.; CASSAGNE, J.C., *Ley Nacional de Procedimiento Administrativo*. LA LEY. Buenos Aires, 2009, p. 100; RUOCCO, G., “El principio del ‘debido proceso’ en vía administrativa”, en *Estudios de Derecho Administrativo*. LA LEY Uruguay, 2013, N° 7, pp. 200 y ss.

25 Caso Vélez Loor vs. Panamá. Sentencia de 23 de noviembre de 2013.

26 DURÁN MARTÍNEZ, A., “Principio del debido proceso...”, loc. cit., p. 130.

27 SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo*, vol. II, Colección Ceura. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1999, p. 400.

28 El segundo inciso del artículo 196 del decreto N° 500/991 en redacción dada por el decreto N° 420/007, dice: “El sumariado deberá prestar la más amplia colaboración para el esclarecimiento de los hechos investigados, de acuerdo con la regla enunciada en el artículo quinto del Código General del Proceso, lo que será valorado en la resolución que recaiga en el sumario.”

29 OCHS OLAZÁBAL, D., “El decreto del Poder Ejecutivo N° 420/007: un cuestionable retroceso garantístico en nombre de la celeridad”, en *La Justicia Uruguaya*. Montevideo, 2008, N° 138, p.D. 134; CAJARVILLE PELUFFO, J.P., “El derecho a defenderse en vía administrativa y la eficacia y eficiencia de la Administración”, en CAJARVILLE PELUFFO, J.P., *Sobre Derecho Administrativo*. 2ª edición. F.C.U. Montevideo, 2008, t. II, pp. 214 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, A.,

## 6. Debido proceso

El cuarto principio enunciado en el artículo 71 en análisis es el del debido proceso. Está formulado de la siguiente manera:

- “Del debido proceso. De acuerdo con el cual en todos los casos de imputación de una irregularidad, omisión o delito, se deberá dar al interesado la oportunidad de presentar descargos y articular su defensa, sobre los aspectos objetivos o subjetivos del caso, aduciendo circunstancias atenuantes de responsabilidad o causas de justificación u otras razones.”

A mi juicio este es el principio más importante de los que informan el derecho administrativo sancionador.

Se relaciona con el derecho de defensa, inherente a la personalidad humana ya que deriva de uno de los estratos de la naturaleza del hombre: de su naturaleza de ser sustancial.<sup>30</sup> Por esa razón está comprendido en el artículo 72 de la Constitución.

El derecho al debido proceso o al debido procedimiento, como también se le llama, es un derecho humano, por lo que es de máximo valor y fuerza. Por esa razón se encuentra en la cúspide del bloque de constitucionalidad.

El artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica aplicable, como se ha visto, según de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y un importante sector doctrinario, al procedimiento administrativo, lo recoge expresamente. En tal sentido su primer inciso establece: “1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.”

El decreto N° 500/991 expresamente lo recoge en el literal i) de su artículo 2 y lo explicita en forma genérica en el artículo 5<sup>31</sup> y específicamente en el artículo 171<sup>32</sup> para el procedimiento disciplinario.

---

“Principio del debido proceso...”, loc. cit., pp. 132 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, A., “Seguridad jurídica en el procedimiento administrativo con especial referencia al decreto N° 420/007, de 7 de noviembre de 2007”, en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Neoconstitucionalismo y...*, pp. 337 y ss.

30 SAMPAY, A.E., *La declaración de inconstitucionalidad en el derecho uruguayo*. Editorial Medina. Montevideo, 1957, pp. 27 y ss.

31 “Artículo 5°.- Los interesados en el procedimiento administrativo gozarán de todos los derechos y garantías inherentes al debido proceso de conformidad con lo establecido por la Constitución de la República, las leyes y las normas de Derecho Internacional aprobadas por la República.

Estos derechos implican un procedimiento de duración razonable que resuelva sus pretensiones.”

32 “Artículo 171°.- Declárase que el artículo 66 de la Constitución de la República, es aplicable en todos los casos de imputación de una irregularidad, omisión o delito, sin que la notoriedad objetiva del hecho imputado exima a la autoridad respectiva de dar al interesado la oportunidad de presentar prueba de descargo sobre los aspectos objetivos o subjetivos del caso y de articular su defensa aduciendo circunstancias atenuantes de responsabilidad o causas de justificación u otras razones (Constitución de la República, artículos 66, 72 y 168 numeral 10).”

Como se percibe, la ley ahora en estudio se limita a recoger un principio pacíficamente admitido en doctrina y recepcionado por nuestro derecho positivo. Y lo hace no solo al enunciarlo en el artículo 71 sino al asegurar por lo menos la vista previa en caso de faltas leves (artículo 75) y al prescribir el sumario en caso de faltas graves o muy graves (artículo 74).

El defecto de este texto radica en que la procedencia del sumario no depende de la gravedad de la falta, sino de la actividad probatoria que se necesita. Si, según las circunstancias del caso, se requiere actividad probatoria, corresponderá el sumario con independencia de la entidad de la falta; si no es necesario actividad probatoria, basta la vista previa.

Por supuesto que si en caso de falta leve se prescinde del sumario, si al evacuarse la vista se percibe la necesidad de actividad probatoria esta deberá producirse (artículo 76 del decreto Nº 500/991).

Sin perjuicio de este error señalado, lo importante es destacar la preocupación del legislador de asegurar el derecho de defensa, aun en caso de infracciones leves.

Más allá del escueto enunciado del principio efectuado por el artículo 71 de la ley en estudio, se puede entender, conforme a lo expresado en su momento por FRUGONE SCHIAVONE,<sup>33</sup> que este principio comprende:

- A) el derecho a ser oído, que presupone:
  - a) la publicidad de las actuaciones, lo que se concreta con el acceso a las mismas (arts. 77, 78, 79 y 217);
  - b) la oportunidad de alegar los medios de defensa antes de emitirse el acto (arts. 75, 76 y 216);
  - c) que se tomen en cuenta y aprecien en su justo valor los argumentos aducidos y los hechos probados;
  - d) el derecho a hacerse patrocinar por un abogado (arts. 77, 79, 82, 102 y 201).
- B) el derecho a ofrecer y producir pruebas y a controlar la producción de la prueba, tanto la propia como la que no lo es (arts. 71 y 72).
- C) el derecho a una decisión expresa y fundada (arts. 85, 106, 123, 145 y 148).<sup>34</sup>

33 FRUGONE SCHIAVONE, H., "Principios fundamentales del procedimiento administrativo", en PRAT, J.A., y otros, *Procedimiento Administrativo*. Acalí Editorial. Montevideo, 1997, pp. 37 y ss.; FRUGONE SCHIAVONE, H., "Principios del procedimiento administrativo", en VV.AA. *El nuevo procedimiento administrativo*. Secretaría de la Presidencia de la República. Programa Nacional de Desburocratización. Montevideo, 1991, pp. 35 y ss. Advierto que el primero de los trabajos refiere al decreto Nº 640/973, de 8 de agosto de 1973 y el segundo al decreto Nº 500/991, de ahí que no coincida el número de los artículos citados. En el presente texto cito los artículos del decreto Nº 500/991.

34 DURÁN MARTÍNEZ, A., "Principio del debido proceso...", loc. cit., p. 118.

Además de lo expuesto, he estimado que también forman parte del principio del debido proceso el subprincipio de contradicción, el de presunción de inocencia ya estudiado y el de derecho a un procedimiento de duración razonable.<sup>35</sup>

El principio de contradicción es una manifestación del principio del debido proceso,<sup>36</sup> por lo que puede considerarse un subprincipio del mismo.

Por otra parte, en aquellos procedimientos en que hay varios interesados con intereses distintos estamos ante un contradictorio integral que se impone por aplicación del principio de igualdad.<sup>37</sup>

Este principio de contradicción se impone con mayor razón en la actual concepción del derecho que supone, como bien observa BACELLAR FILHO, el abandono de la concepción carismática del proceso para adoptar una concepción democrática.<sup>38</sup>

El derecho a un procedimiento de duración razonable últimamente ha incrementado su importancia.

Al no ser la vida eterna, el tiempo ha sido siempre importante. Con acierto observó HUTCHINSON que “el dato ‘tiempo’ ha sido fundamental en el escenario de lo justo.”<sup>39</sup> De ahí que pacíficamente en casi todos los países de nuestra misma cultura jurídica se reconozca el principio de celeridad. En nuestro caso, está expresamente recogido en los artículos 2, literal e), y 8 del decreto N° 500/991, de 27 de setiembre de 1991.

No obstante debe reconocerse, como bien lo advirtió SÁENZ, que este principio de celeridad ha sido lisa y llanamente arrasado en la práctica.<sup>40</sup>

Por eso es que el derecho objetivo se ha ocupado especialmente del tiempo. A veces le ha puesto al silencio un valor negativo, otras veces positivo, y otras veces impone otras consecuencias.

Esto último precisamente es lo que ocurre en el ámbito del derecho administrativo represivo. En tal sentido RUOCCO expresó: “El tiempo no es un elemento inocuo en derecho. En el procedimiento sancionador, el trascurso del tiempo tiene efectos liberatorios para el inculpaado. Si no se administran adecuadamente los tiempos

35 DURÁN MARTÍNEZ, A., “Principio del debido proceso...”, loc. cit., pp. 118 y ss.

36 DURÁN MARTÍNEZ, A., “Principio del debido proceso...”, loc. cit., p. 129.

37 DURÁN MARTÍNEZ, A., “Principio del debido proceso...”, loc. cit., p. 130.

38 BACELLAR FILHO, R.F., *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*. Max Limonad. São Paulo, 1998, pp. 203 y ss.

39 HUTCHINSON, T., *Régimen de procedimiento administrativo*. 8ª edición actualizada y ampliada. Astrea. Buenos Aires, 2006, p. 53.

40 SAÉZ, J.A., “Principios generales del procedimiento administrativo”, en POZO GOWLAND, H./HALPERIN, D./AGUILAR VALDÉZ, O./JUAN LIMA, F./CANOSA, A., (*Directores*) *Procedimiento Administrativo*, t. I, LA LEY. Buenos Aires, 2012, pp. 355 y ss.

en el ejercicio de la potestad sancionadora, la infracción puede prescribirse, el procedimiento caducar o la sancionar devenir inejecutable por prescripción.”<sup>41</sup> Y casi enseguida agregó: “La *prescripción* es la muerte de la acción sancionadora de la Administración. La *caducidad* es la muerte del procedimiento por agotamiento del tiempo disponible. Los principios de prescripción y caducidad permiten una tutela efectiva del principio de seguridad jurídica, de los derechos de terceros y del orden y la paz social.”<sup>42</sup>

La preocupación por este aspecto si bien –como se ha dicho– ha existido siempre, se ha visto incrementada sin duda luego de la Convención Americana de Derechos Humanos cuyo artículo 8 incluye el derecho a un proceso de duración razonable y del artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que, al recibir el derecho fundamental a la buena administración como una especificación de él, incluye el derecho a un procedimiento de duración razonable.

Por el Pacto de San José de Costa Rica, precisamente, nuestro decreto Nº 500/991, al recoger el principio del debido procedimiento, en su artículo 5 especifica que este derecho implica un procedimiento de duración razonable. También por esta razón, el artículo 172 establece la prescripción de las faltas administrativas y determina su régimen jurídico y el artículo 223 establece la caducidad de la pretensión punitiva de la Administración.

La prescripción<sup>43</sup> y la caducidad de la pretensión punitiva de la Administración se fundan por razones de seguridad jurídica y la caducidad, además, en el derecho a la honra y al derecho a un procedimiento de duración razonable, comprendidos en el principio del debido proceso.<sup>44</sup>

La prescripción de la falta no ha sido cuestionada por nadie. A tal punto que el artículo 79 de la ley Nº 19.121 ahora en estudio recogió exactamente el mismo texto del artículo 172 del decreto Nº 500/991, con la única diferencia que en los casos previstos en el literal B) la ley reduce el plazo de 8 a 6 años. De manera que en los casos que caigan en el ámbito de aplicación de esta ley, el plazo de prescripción será de 6 años y en los demás será de 8 años.

---

41 DELPIAZZO, C.E./ RUOCCO, G., *Tratado jurisprudencial y doctrinario. Actos y contratos de la Administración*. LA LEY Uruguay. Buenos Aires, 2013, tomo I, pp. 159 y ss.

42 DELPIAZZO, C.E./ RUOCCO, G., *Tratado jurisprudencial y...*, p. 160.

43 BRITO, M.R., “Régimen disciplinario. Principios fundamentales del procedimiento, infracción y sanción disciplinarios”, en PRAT, J.A., y otros. *Procedimiento administrativo*. Acalí Editorial. Montevideo, 1977, p. 152; DURÁN MARTÍNEZ, A., “Principios del procedimiento...”, loc. cit., p. 307; VÁZQUEZ, C./ SCHIAVI, P., *Procedimiento Administrativo*. LA LEY Uruguay. Buenos Aires, 2013, t. I, p. 143; DELPIAZZO, C.E./RUOCCO, G., *Tratado jurisprudencial y...*, t. I, p. 160.

44 DURÁN MARTÍNEZ, A., “Principios del procedimiento...”, loc. cit., pp. 310 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, A., “La proyección del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho administrativo uruguayo”, en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Estudios sobre derechos humanos*. Universidad Católica del Uruguay. Ingranusi Ltda. Montevideo, 1999, pp. 95 y ss.

La caducidad de la pretensión punitiva de la Administración fue más resistida.<sup>45</sup> A tal punto que el artículo 223<sup>46</sup> sufrió primero una modificación bastante infeliz por parte del decreto N°287/998, de 19 de octubre de 1998 –que en su oportunidad he cuestionado–<sup>47</sup> y finalmente la parte relativa a la caducidad fue suprimida por el decreto N° 420/007, con lo que del artículo original solo quedó el primer inciso.

Por cierto que esa eliminación no hace desaparecer el principio. Un reglamento no puede afectar un principio supravalente. Por eso sostuve su aplicación, pese a la derogación del texto de derecho positivo.<sup>48</sup>

Afortunadamente, la ley N° 19.121, de 20 de agosto de 2013, legisló sobre el tema. En efecto, con referencia al procedimiento disciplinario estableció:

“Artículo 78. (Clausura).- Los procedimientos se clausurarán si la Administración no se pronuncia sobre el fondo del asunto en el plazo de dos años, contados a partir de la resolución que dispuso la instrucción del sumario.

El cómputo del plazo referido se suspenderá:

- A) Por un término máximo de sesenta días, durante la tramitación de la ampliación o revisión sumarial.
- B) Por un plazo máximo de treinta días en cada caso, para recabar los dictámenes de la Fiscalía de Gobierno competente y de la Comisión Nacional del Servicio Civil cuando corresponda.
- C) Por un plazo máximo de noventa días durante el cual la Cámara de Senadores tiene a su consideración el pedido de venia constitucional para la destitución.

Lo dispuesto en este artículo no será de aplicación en el caso de funcionarios sometidos a la Justicia Penal.

Las disposiciones contenidas en el presente artículo, comenzarán a regir a partir de la vigencia de este Estatuto.”

45 Ver DURÁN MARTÍNEZ, A., “La proyección del derecho...”, loc. cit., pp. 97 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, A., “Seguridad jurídica en el procedimiento administrativo con especial referencia al decreto N° 420/007, de 7 de noviembre de 2007”, en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Neoconstitucionalismo y...*, pp. 341 y ss.

46 “Artículo 223.- El vencimiento de los plazos previstos para los procedimientos disciplinarios no exonera a la Administración de su deber de pronunciarse.

No obstante, dichos procedimientos se clausurarán si la Administración no decide sobre el fondo en el plazo de dos años contados a partir de la resolución que dispone la instrucción del sumario.

Lo dispuesto en el inciso precedente no será de aplicación en el caso de funcionarios sometidos a la justicia penal.”

47 DURÁN MARTÍNEZ, A., “Suspensión del plazo de la caducidad del ejercicio de la potestad sancionatoria de la administración”, en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Estudios sobre derechos...*, pp. 103 y ss.

48 DURÁN MARTÍNEZ, A., “Seguridad jurídica...”, loc. cit., p. 349.

El artículo 14 del decreto Nº 222/014, de 30 de julio de 2014, reproduce el artículo 78 de la ley salvo el último inciso. En efecto, en lugar de la referencia a la vigencia que efectúa la ley, el último inciso del artículo 14 del decreto establece: “En caso de que se clausuren procedimientos disciplinarios por el vencimiento del plazo previsto, el Poder Ejecutivo dispondrá la realización de una investigación administrativa con la finalidad de determinar la responsabilidad de los funcionarios intervinientes, cometiendo su instrucción a la Oficina Nacional del Servicio Civil.”

El ámbito de aplicación del artículo legal es el de esa ley, es decir, el fijado por el artículo 2, teniendo en cuenta además, como ya se ha dicho, la parte final del literal F del art. 102.

Pero como este artículo 78 de la ley Nº 19.121 no es sino una especificación de un principio general de derecho, como se ha visto, de máximo valor formal, ese principio rige en otros procedimientos disciplinarios no alcanzados por esta ley. En consecuencia, en estos casos, ante ausencia de previsión expresa, las previsiones de esta ley deben ser aplicadas por analogía.

Por esa misma razón, lo expuesto procede respecto de otros procedimientos administrativos sancionadores aunque no sean disciplinarios. Este principio no es un principio del derecho disciplinario sino del derecho administrativo sancionador en general, por lo que es común tanto a los procedimientos internos como externos.

Lo que acabo de afirmar no ha sido recibido por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en la sentencia Nº 500/2011, de 14 de junio de 2011. En efecto, dicha sentencia rechazó la aplicación de la caducidad en análisis y sostuvo que la misma ha sido expresamente consagrada para el procedimiento disciplinario, pero no para el procedimiento administrativo sancionador externo.<sup>49</sup>

Esa posición de nuestro Tribunal no puede admitirse. Como bien señaló GUARIGLIA al comentar la sentencia aludida, en ella “se concreta un razonamiento interpretativo típico del dogmatismo decimonónico, donde la esencia del Derecho reside únicamente en la norma, en este caso, la contenida en un reglamento.”<sup>50</sup> No tuvo en cuenta el Tribunal que las reglas de derecho no son solo normas sino también principios. Y aquí, precisamente, estamos ante un principio. En tal sentido, también observó GUARIGLIA: “Si el cimiento de la caducidad de la pretensión punitiva de la administración reside en la seguridad jurídica, aquella configura un principio general de derecho, en tanto además de la previsibilidad y certeza que ella entraña, contribuye a ordenar y encauzar la vida social por medio del valor de la justicia.”<sup>51</sup>

49 *Estudios de Derecho Administrativo*. LA LEY Uruguay, 2012, Nº 5, p. 676.

50 GUARIGLIA, C.E., “Acerca de la caducidad de la pretensión punitiva de la Administración”, en *Estudios de Derecho Administrativo*. LA LEY Uruguay, 2012, Nº 5, p. 748.

51 GUARIGLIA, C.E., “Acerca de la...”, loc. cit., p. 750.

No obstante, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo parece haber cambiado de posición. En efecto, por sentencia N° 507 de 14 de octubre de 2014, anuló un acto administrativo por entender que no se había seguido un procedimiento en plazo razonable.

Es cierto que el caso ahora resuelto no es igual al de la sentencia N° 500/2011, de 14 de junio de 2011, ya que este refiere a un procedimiento disciplinario y el otro a un procedimiento administrativo sancionador externo. Pero lo que ambos tienen en común es que en ninguno de esos procedimientos se había previsto expresamente una caducidad de la pretensión punitiva de la Administración.

En la última sentencia, el Tribunal teniendo en cuenta el Pacto de San José de Costa Rica, los desarrollos de la Jurisprudencia de la Corte Iberoamericana de Derechos Humanos, así como la de la Corte Europea de Derechos Humanos, razonó considerando: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; y c) la conducta de las autoridades. Y en base a ello, concluyó en que el procedimiento seguido no fue realizado en plazo razonable, por lo que la Administración no podía sancionar sino que correspondía la clausura y el archivo de las actuaciones.

No quiero dejar al principio del debido proceso sin mencionar un aspecto no contemplado en la ley y que tampoco mereció la atención de la doctrina nacional.

Miguel LARRAMENDI, en su tesis para la obtención del título de Profesor Adscripto que tuvo el honor y el placer de juzgar como integrante del tribunal examinador<sup>52</sup> y en otro trabajo posterior<sup>53</sup> que pude leer antes de su publicación por gentileza de su autor, como parte del derecho de defensa afirmó el *derecho a la última palabra*.

Advirtió que este derecho no está previsto en nuestras normas de procedimiento disciplinario. Más bien, señala, está prevista la posibilidad de presentar descargos luego del informe del sumariante (artículo 216 del decreto N° 500/991), pero no luego de los informes posteriores. Estos informes pueden ser varios: de la Asesoría Jurídica, de los Fiscales de Gobierno o de Corte y Procurador General de la Nación y de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Podría ocurrir que en alguno de esos informes se propusiera una medida que agrave la situación del imputado con relación a lo sugerido por el sumariante. En ese caso, si no se le da oportunidad de defensa habría indefensión.

Participo de la opinión de LARRAMENDI en el sentido de que el derecho a la última palabra integra el derecho de defensa, forma parte del debido proceso, por lo que es inherente a la persona humana y, por ende, aplicable aun sin texto.

52 LARRAMENDI, M., “Principios de derecho disciplinario”, en LARRAMENDI, M., *Derecho Administrativo Disciplinario*. LA LEY Uruguay. Buenos Aires, 2014, pp. 170 y ss.

53 LARRAMENDI, M., “Principios de derecho disciplinario en el estatuto del funcionario público”, en LARRAMENDI, M., *Derecho Administrativo Disciplinario*. LA LEY Uruguay. Buenos Aires, 2014, pp. 281 y ss.



Nuestro decreto N° 500/991 no lo prevé, pero tampoco lo prohíbe. Por tanto, por lo menos cuando se da la situación indicada se debe dar al imputado oportunidad de defensa antes de que se adopte resolución. La normativa de naturaleza reglamentaria contenida en el citado decreto debe interpretarse desde el bloque de constitucionalidad, lo que impone esta solución.

## 7. Non bis in idem

El siguiente principio recogido en el artículo 71 es el de “non bis in idem”.

Está enunciado de la siguiente manera:

- “Non bis in idem. De acuerdo con el cual ningún funcionario podrá ser sometido a un procedimiento disciplinario más de una vez por un mismo y único hecho que haya producido, sin perjuicio de las responsabilidades penales o civiles que pudieren coexistir.”

Este texto recoge en esencia el artículo 173 del decreto N° 500/991 que establece:

“Art. 173. Ningún funcionario será llamado a responsabilidad disciplinaria más de una vez por un mismo y único hecho que haya producido (‘non bis in idem’), sin perjuicio de las responsabilidades penal, civil o política coexistentes.”

En otra oportunidad expresé que: “En virtud de este principio no se puede sancionar dos veces a un funcionario por un mismo hecho. Pero esto no quiere decir que no se pueda aplicar por un mismo hecho más de una sanción. En efecto, además de la responsabilidad administrativa, como lo expresa el indicado artículo 173, puede existir también una responsabilidad penal, civil o política que puede dar lugar además a una sanción penal, civil o política según las circunstancias. Por otro lado, es habitual incluso, que el derecho positivo prevea sanciones acumulativas aun en sede administrativa.”<sup>54</sup>

Se trata de un principio de procedimiento y no de fondo.

En el mismo sentido se pronunció LORENZO cuando además, y a mayor abundamiento, indicó que “se traduce en la obligación para la Administración de inhibirse de volver a ventilar un contradictorio infraccional que ya estuviese resuelto.”<sup>55</sup>

---

54 DURÁN MARTÍNEZ, A., “Principios del procedimiento...”, loc. cit., p. 305.

55 LORENZO, S., *Sanciones administrativas*. Editorial B de F. Montevideo, 1996, pp. 113 y 139 y ss.

## 8. Reserva

El principio de reserva es el último de los enumerados en el artículo 71.

Está enunciado de la siguiente manera:

- “De reserva. El procedimiento disciplinario será reservado, excepto para el sumariado y su abogado patrocinante. La violación a este principio será considerada falta grave.”

Tampoco este principio es nuevo. Véase que el artículo 174 del decreto N° 500/991, reiterando el artículo 183 del decreto N° 640/973, establece: “Art. 174. Todos los procedimientos a que se refiere el presente Libro serán de carácter secreto. La obligación de mantener el secreto alcanza a todo funcionario que por cualquier motivo o circunstancia tuviese conocimiento de aquéllos. Su violación será considerada falta grave.”

El texto legislativo presenta dos diferencias con el reglamentario, más allá de detalles de redacción.

La primera es que el decreto utiliza el término *secreto* y la ley, *reservado*.

El nuevo término se ajusta mejor, a mi juicio, a la terminología de la ley N° 18.381, de 17 de octubre de 2008.

Esta ley, por su artículo 8, enumera las excepciones al acceso a la información pública: las secretas, las reservadas y las confidenciales.

Considera secreta la así declarada por la ley (art. 8). Considera reservada, entre otras, la que ponga en riesgo la dignidad humana (art. 9, literal D).

A los efectos de la ley de acceso a la información pública entendí que, como la ley considera secreta la así declarada por la ley, no comprendía a la así declarada por una normativa infravalente. Por tal razón, estimé que las actuaciones sumariales, declaradas secretas por el artículo 174 del decreto N° 500/991, no lo eran a los efectos de la ley N° 18.331.<sup>56</sup> El principio es que, en tutela a la dignidad y honra del imputado, la infracción que obra en las actuaciones sumariales es de acceso restringido. Esa restricción del acceso se obtiene tanto por la declaración de secreta o reservada o confidencial, lo que es de resorte del derecho positivo.

Por eso, a la luz de la ley N° 18.331 (art. 9, literal D) entendí que la información a que refiere el artículo puede y debe clasificarse como reservada.<sup>57</sup>

La segunda diferencia es la excepción que figura a texto expreso en la ley: esa reserva

56 DURÁN MARTÍNEZ, A., *Derecho a la protección de datos personales y al acceso a la información pública. Hábeas data*. 2ª edición actualizada y ampliada. Amalio M. Fernández. Montevideo, 2012, p. 110.

57 DURÁN MARTÍNEZ, A., *Derecho a la protección...*, p. 111.

no rige para el sumariado y su abogado patrocinante.

Este tema había sido objeto de discusión a propósito del artículo 174 del decreto N° 500/991.

FLORES DAPKEVICIUS sostuvo que el artículo 174, al referirse a todo funcionario sin hacer distinciones, comprende incluso al sumariado. Funda la necesidad de esta medida en el interés general y en la necesidad de asegurar la prueba.<sup>58</sup> Por tal razón negó al sumariado el derecho a controlar la producción de la prueba, recogido expresamente en los artículos 71 y 72 del decreto N° 500/991. Esa restricción al acceso a las actuaciones recién se levanta en oportunidad del otorgamiento de la vista.

Con anterioridad a FLORES DAPKEVICIUS, BRITO, con referencia al artículo 183 del decreto N° 640/973, había sostenido que el secreto de las actuaciones se levanta con la vista.<sup>59</sup> Más tarde, FRUGONE SCHIAVONE, ya con referencia al decreto N° 500/991, en lo sustancial reitera lo dicho por BRITO,<sup>60</sup> al que cita expresamente. Más recientemente, Cristina VÁZQUEZ, con expresa referencia a la posición de FRUGONE SCHIAVONE, reitera que el secreto rige hasta la vista.<sup>61</sup>

En su momento destaqué, lo que me parece importante, que ninguno de los tres prestigiosos administrativistas efectuó un análisis profundo del tema. Es más, de la simple lectura de sus trabajos se advierte que FRUGONE SCHIAVONE se limitó a reiterar lo que había dicho BRITO en 1976 y Cristina VÁZQUEZ se limitó a repetir lo que había escrito FRUGONE.<sup>62</sup>

Véase que BRITO escribió antes de la Constitución española de 1978 por lo que, al menos en América Latina, no sabíamos lo que era el neoconstitucionalismo. FRUGONE escribió en 1991, teniendo presente la Constitución española, a tal punto que a él se debe el acápite del artículo 2 del decreto N° 500/991, extraído de la Carta ibérica, pero recién comenzábamos a tener conciencia de la nueva visión del derecho desde la perspectiva de la persona humana, con todas las consecuencias que de ello se derivan. Además, no debe perderse de vista que el artículo 174 del decreto N° 500/991 no hace sino repetir el artículo 183 del decreto N° 640/973. Por eso no es de extrañar que FRUGONE SCHIAVONE no lo analice especialmente y se limite a reiterar lo que dijo BRITO. Y Cristina VÁZQUEZ no hizo sino reiterar la opinión de sus Maestros sin un mayor análisis.

58 FLORES DAPKEVICIUS, R., "El sumario administrativo es secreto para todos los funcionarios", en *La Justicia Uruguaya. Doctrinas magistrales. La Justicia uruguaya*. Buenos Aires, 2009, t. I, pp. 792 y ss.

59 BRITO, M.R., "Régimen disciplinario. Principios fundamentales...", loc. cit., pp. 134 y ss.

60 FRUGONE SCHIAVONE, H., "Procedimiento disciplinario", en DURÁN MARTÍNEZ, A. (Coordinador), *Procedimiento administrativo*. (Decreto N° 500/991, de 27 de setiembre de 1991). Universidad Católica del Uruguay. Revista de Derecho Constitucional y Político-Serie Congresos y Conferencias, N° 5, 3ª edición actualizada. Montevideo, 2000, p. 104.

61 CORREA FREITAS, R. y VÁZQUEZ, C., *Manual de derecho de la función pública*. F.C.U. Montevideo, 1998, p. 227; VÁZQUEZ, C., y SCHIAVI, P., *Procedimiento...*, t. I, p. 153.

62 DURÁN MARTÍNEZ, A., "El secreto de las actuaciones sumariales no alcanza al sumariado", en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Neoconstitucionalismo y...*, p. 145.

Pero esta interpretación no se puede sostener desde la óptica del neoconstitucionalismo.

Personalmente sostuve una posición distinta. Al igual que CAJARVILLE PELUFFO<sup>63</sup> y ARIAS, LARREA y SIQUIERA,<sup>64</sup> entendí que el fundamento del secreto de las actuaciones sumariales es la tutela de la honra y dignidad del funcionario.<sup>65</sup>

Por esa razón, una lectura del artículo 174 del decreto N° 500/991 desde los derechos humanos, como corresponde conforme a la visión actual del derecho, no puede llevar a una interpretación que neutralice el principio del debido proceso.

Adviértase que la referencia a “todo funcionario” que contiene el artículo 174 a que alude especialmente FLORES DAPKEVICIUS, uno de los aspectos centrales de su argumentación, comprende a todo funcionario que posea la información; no es el caso del sumariado que no solo no la posee sino que la precisa. Por lo que no puede estar alcanzado con la prescripción de la norma.

A mayor abundamiento, le remisión que el artículo 168 del decreto N° 500/991 que efectúa el Libro I y la nueva redacción dada al artículo 71 por el decreto N° 420/007, tornan indubitable que el sumariado puede controlar la producción de la prueba aun antes de la vista.<sup>66</sup>

Posteriormente ROBAINA RAGGIO emitió opinión en el mismo sentido que el nuestro.<sup>67</sup>

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo en un comienzo entendió que el secreto de las actuaciones sumariales comprendía al sumariado y recién se levantaba en el momento de la vista.<sup>68</sup> Pero luego, en dos memorables sentencias, cambió su jurisprudencia y entendió que el secreto de las actuaciones no alcanza al sumariado.<sup>69</sup>

La ley ahora comentada aclara definitivamente el punto y lo hace en la única posición compatible con el bloque de constitucionalidad.

En suma, la reserva de las actuaciones sumariales es un principio que tutela la honra y dignidad del sumariado. El artículo 174 del decreto N° 500/991 y el inciso final del artículo 71 de la ley N° 19.121 no hacen sino una especificación para el procedimiento disciplinario, pero como principio rige también en todo procedimiento administrativo

63 CAJARVILLE PELUFFO, J.P., *Procedimiento administrativo en el decreto 500/991*. Idea. Montevideo, 1992, pp. 21 y ss.

64 ARIAS, J., LARREA, M. y SIQUEIRA, C., “Los sumarios no son secretos para el funcionario sumariado”, en *La Justicia Uruguaya*, año 1999, t. 119, pp. 175 y ss.

65 DURÁN MARTÍNEZ, A., “El secreto de las actuaciones...”, loc. cit., pp. 150 y ss.

66 DURÁN MARTÍNEZ, A., “El secreto de las actuaciones...”, loc. cit., p. 155.

67 ROBAINA RAGGIO, I., “Procedimiento administrativo disciplinario y actuaciones secretas: el control como garantía básica”, en *Revista de Derecho Público*. F.C.U. Montevideo, 2011, N° 40, pp. 60 y ss.

68 Sentencia N° 25/2005, en VÁZQUEZ, C., y SCHIAVI, P., *Procedimiento...*, t. I, p. 154.

69 Sentencias N° 574/2012 y N° 142/2013.

represivo aunque no sea disciplinario. Y, en uno y otro caso, su violación constituye falta grave. La excepción al principio en lo que refiere al imputado y su abogado, referida en el artículo 71 de la ley en estudio, no es sino una consecuencia del principio del debido proceso, por lo que rige también en los procedimientos administrativos sancionatorios aunque no sean disciplinarios, y en los disciplinarios no comprendidos en el ámbito de aplicación de la ley N° 19.121.

## 9. Nulla poena sine lege

Los principios de *nullem crimen sine lege* y de *nulla poena sine lege* son principios cardinales del derecho penal.

El primero de los principios indicados configura una manifestación del principio de legalidad y del de tipicidad, rige plenamente en el derecho administrativo sancionador externo, sin perjuicio de la complementariedad del reglamento.<sup>70</sup> Estos principios, si bien se aplican también en el derecho administrativo represivo externo, no tienen el mismo rigor que en el derecho penal.

No obstante, en general se sostiene que el principio *nullum crimen sine lege* no existe en el derecho disciplinario.<sup>71</sup> No es posible que la ley tipifique todas las faltas disciplinarias posibles; además, no se justifica este principio en el ámbito interno puesto que, mientras que la actividad de los particulares se rige por el principio de la libertad, con lo que resulta plenamente aplicable el artículo 10, inciso 2 de la Constitución, los funcionarios se rigen por el principio de la sujeción, propio de la jerarquía. Por eso es que en el ámbito disciplinario se acude a fórmulas genéricas y no necesariamente recogidas en actos legislativos. Así, el artículo 169 del decreto N° 500/991 establece: “Art. 169. La falta susceptible de sanción disciplinaria, es todo acto u omisión del funcionario, intencional o culposo, que viole los deberes funcionales.” Algunos de esos deberes funcionales están tipificados, pero otros no.

El artículo 72 de la ley en estudio podría plantear una duda en este tema. Ya se vio que en su primera parte recoge la definición de falta del artículo 169 del decreto N° 500/991, pero enseguida agrega: “Consideráanse deberes funcionales las obligaciones, prohibiciones e incompatibilidades del funcionario, establecidas por la regla de derecho.”

---

70 CASSAGNE, J.C., “Los principios del derecho penal en la actividad sancionadora de la Administración”, en *Estudios de Derecho Administrativo*. LA LEY Uruguay, 2010, N° 2, pp. 72 y ss.; RUOCCO, G., “Principios de legalidad, tipicidad y prescripción en materia de actividad sancionadora de la Administración”, en *Estudios de Derecho Administrativo*, N° 2..., pp. 131 y ss.; VÁZQUEZ PEDROUZO, M.C., “Actividad sancionatoria de las autoridades reguladoras”, en *Estudios de Derecho Administrativo*, N° 2..., pp. 239 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, A., “Principios de legalidad...”, loc. cit., pp. 488 y ss.

71 SAYAGUÉS LASO, E., *Tratado...*, t. I, 272; BRITO, M.R., “Régimen disciplinario. Principios...”, loc. cit., p. 141; DURÁN MARTÍNEZ, A., “El régimen disciplinario en la Administración Central”, en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Estudios de derecho administrativo...*, p. 16; DURÁN MARTÍNEZ, A., “Principios del procedimiento...”, loc. cit., p. 305.

Ese párrafo final podría llevar a la impresión que los deberes funcionales deben estar necesariamente establecidos en una norma de derecho, aunque no necesariamente sea una ley con lo que de esta forma se recogería el principio de tipicidad.

Una adecuada interpretación del artículo 72 de la ley en estudio exige tener en cuenta que, conforme a lo establecido por el artículo 23, literal a) del decreto-ley N° 15.524, de 9 de enero de 1994, las reglas de derecho pueden ser normas o principios. Por tanto, los deberes funcionales pueden surgir de normas o de principios con lo cual, en este último caso no hay tipificación posible.

El principio *nullum crimen sine lege* no ha sido mencionado en el artículo 71 de la ley N° 19.121.

Tampoco ha sido mencionado aquí el de *nulla poena sine lege*, pero por lo menos parte de la doctrina lo ha aceptado en el derecho administrativo disciplinario,<sup>72</sup> aunque con variantes en su aplicación si se lo compara con el mismo principio en el derecho penal. En efecto, en el ámbito penal, la sanción debe necesariamente preverse en una ley en sentido orgánico formal; en el derecho disciplinario, estimé que la ley era necesaria en caso de sanciones que afecten la libertad o el patrimonio del funcionario, pero fuera de esos casos podrían preverse por reglamento.<sup>73</sup>

El artículo 73 de la ley en estudio enumera las siguientes sanciones: observación, amonestación, suspensión hasta por el término de seis meses y destitución. Esa enumeración es precedida del siguiente acápite: “Sin perjuicio de otras que las normas legales establezcan, se podrá imponer por razón de faltas cometidas, las siguientes sanciones:”

De ese texto se desprende que las sanciones posibles son las expresamente indicadas en el artículo 73 además de otras establecidas por otras normas legales. O sea, la ley expresamente recoge el principio de *nulla poena sine lege* en el sentido que se aplica en el derecho penal.

En el ámbito de aplicación de esta ley, este principio es aplicable en el sentido indicado, aunque estimo que como ocurre en el derecho administrativo sancionador la ley puede efectuar una ampliación reglamentaria y, con razonabilidad, comete al reglamento la fijación de determinadas sanciones.

72 BRITO, M.R., “Régimen disciplinario. Principios...”, loc. cit., p. 143; DURÁN MARTÍNEZ, A., “Principios del procedimiento...”, loc. cit., pp. 305 y ss.

73 BRITO, M.R., “Régimen disciplinario. Principios...”, loc. cit., p. 143; DURÁN MARTÍNEZ, A., “Principios del procedimiento...”, loc. cit., p. 306.

## 10. Apreciaciones finales

De lo expuesto se desprende que en este tema, la ley en análisis, por suerte, no produce innovaciones esenciales. Por el contrario, recoge principios ya enunciados en nuestro derecho positivo, especialmente en el decreto Nº 500/991 de 27 de setiembre de 1991 en su versión original, y desarrollado por nuestra doctrina.

Es más, las pocas novedades que aparecen se orientan en el sentido de aclarar algunas dudas planteadas, enmendar algunas prácticas equivocadas o corregir alguna enmienda infeliz producida al decreto Nº 500/991 por el decreto Nº 420/007. Esas novedades deben, pues, recibirse con beneplácito, ya que procuran salvaguardar mejor la dignidad de la persona humana.

En materia de principios del derecho disciplinario cabe afirmar que la ley en estudio hunde sus raíces en una correcta visión del derecho y, en líneas generales, efectúa un adecuado y natural desarrollo de esos principios, conforme a la naturaleza del derecho y a los nuevos tiempos. Los escasos defectos que la ley tiene en nuestro tema, ya señalados, son nimiedades que de ninguna manera empañan todo lo positivo que la nueva normativa presenta.

## XI. Bibliografía

- ARIAS, J., LARREA, M. y SIQUEIRA, C., “Los sumarios no son secretos para el funcionario sumariado”, en *La Justicia Uruguaya*, t. 119, año 1999.
- ARISTÓTELES. Moral, a Nicómaco. Colección Austral, 6ª edición. Espasa Calpe S.A. Madrid, 1972.
- AUBY, J.M., “Le contrôle juridictionnel du degré de gravité d’une sanction disciplinaire (Conseil d’État, 9 juin 1978, Lebon)”, en *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l’étranger*, Nº 1. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Paris, 1979.
- BACELLAR FILHO, R.F., *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*. Max Limonad. São Paulo, 1998.
- BRITO, M., “De la razonabilidad del acto administrativo: la cuestión de su control jurisdiccional anulatorio”, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Nº 3-4, año XXIII, julio-diciembre 1975.
- BRITO, M.R., “Régimen disciplinario. Principios fundamentales del procedimiento, infracción y sanción disciplinarios”, en *PRAT, J.A., y otros. Procedimiento administrativo*. Acali Editorial. Montevideo, 1977.
- BRITO, M., “La aptitud del acto administrativo para el fin debido: supuesto de principio en que reposa la discrecionalidad”, en *A.A.V.V., Estudios de Derecho Administrativo*, tomo II. Universidad de la República. Montevideo, 1979.
- BRITO, M.R., “Principios del procedimiento disciplinario”, en *BRITO, M.R., Derecho Administrativo, su permanencia, contemporaneidad, prospectiva*. Universidad de Montevideo/Facultad de Derecho. Montevideo, 2004.

- CAJARVILLE PELUFFO, J.P., *Procedimiento administrativo en el decreto 500/991*. Idea. Montevideo, 1992.
- CAJARVILLE PELUFFO, J.P., “El derecho a defenderse en vía administrativa y la eficacia y eficiencia de la Administración”, en *CAJARVILLE PELUFFO, J.P., Sobre Derecho Administrativo*, t. II, 2ª edición. F.C.U. Montevideo, 2008.
- CASSAGNE, J.C., *Ley Nacional de Procedimiento Administrativo*. LA LEY. Buenos Aires, 2009.
- CASSAGNE, J.C., “Los principios del derecho penal en la actividad sancionadora de la Administración”, en *Estudios de Derecho Administrativo*, N° 2. LA LEY Uruguay, 2010.
- CORREA FREITAS, R. y VÁZQUEZ, C., *Manual de derecho de la función pública*. F.C.U. Montevideo, 1998.
- DELPIAZZO, C.E./ RUOCCO, G., *Tratado jurisprudencial y doctrinario. Actos y contratos de la Administración*, tomo I. LA LEY Uruguay. Buenos Aires, 2013.
- DURÁN MARTÍNEZ, A., “Proporcionalidad entre la falta y la sanción”, en *Revista Uruguaya de Estudios Administrativos*. Acali Editorial. Montevideo, 1980, N° 1. También fue publicado en *DURÁN MARTÍNEZ, A., Estudios de Derecho Administrativo. Parte General*. Montevideo, 1999.
- DURÁN MARTÍNEZ, A., “Principios del procedimiento disciplinario”, en *DURÁN MARTÍNEZ, A., Estudios de Derecho Administrativo. Parte General*. Montevideo, 1999.
- DURÁN MARTÍNEZ, A., “El régimen disciplinario en la Administración Central”, en *DURÁN MARTÍNEZ, A., Estudios de derecho administrativo. Parte General*. Montevideo, 1999.
- DURÁN MARTÍNEZ, A., “La proyección del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho administrativo uruguayo”, en *DURÁN MARTÍNEZ, A., Estudios sobre derechos humanos*. Universidad Católica del Uruguay. Ingranusi Ltda. Montevideo, 1999.
- DURÁN MARTÍNEZ, A., “Suspensión del plazo de la caducidad del ejercicio de la potestad sancionatoria de la administración”, en *DURÁN MARTÍNEZ, A., Estudios sobre derechos humanos*. Universidad Católica del Uruguay. Ingranusi Ltda. Montevideo, 1999.
- DURÁN MARTÍNEZ A., “El control administrativo y las relaciones de consumo con entidades estatales en el marco de la ley N° 17.250”, en *DURÁN MARTÍNEZ, A., Estudios de Derecho Público*, vol. I. Montevideo, 2004.
- DURÁN MARTÍNEZ, A., *Contencioso Administrativo*. F.C.U. Montevideo, 2007.
- DURÁN MARTÍNEZ, A., “Seguridad jurídica en el procedimiento administrativo con especial referencia al decreto N° 420/007, de 7 de noviembre de 2007”, en *DURÁN MARTÍNEZ, A., Neoconstitucionalismo y derecho administrativo*. LA LEY Uruguay. Buenos Aires, 2012.
- DURÁN MARTÍNEZ, A., “El secreto de las actuaciones sumariales no alcanza al sumariado”, en *DURÁN MARTÍNEZ, A., Neoconstitucionalismo y derecho administrativo*. LA LEY Uruguay. Buenos Aires, 2012.
- DURÁN MARTÍNEZ, A., “Los principios generales de derecho en el derecho administrativo. Aplicación por el legislador, el administrador y el juez”, en *DURÁN MARTÍNEZ, A., Neoconstitucionalismo y derecho administrativo*. LA LEY Uruguay. Buenos Aires, 2012.
- DURÁN MARTÍNEZ, A., *Derecho a la protección de datos personales y al acceso a la información pública. Hábeas data*. 2ª edición actualizada y ampliada. Amalio M. Fernández. Montevideo, 2012.
- DURÁN MARTÍNEZ, A., “Principio del debido proceso en el procedimiento administrativo represivo”, en *DURÁN MARTÍNEZ, A., Neoconstitucionalismo y derecho administrativo*. LA LEY Uruguay. Buenos Aires, 2012.



- DURÁN MARTÍNEZ, A., Seguridad jurídica en el procedimiento administrativo con especial referencia al decreto Nº 420/007, de 7 de noviembre de 2007”, en *DURÁN MARTÍNEZ, A., Neoconstitucionalismo y derecho administrativo*. LA LEY Uruguay. Buenos Aires, 2012.
- DURÁN MARTÍNEZ, A., “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la perspectiva del derecho administrativo. Especial referencia al caso GELMAN Vs. Uruguay”, en *DURÁN MARTÍNEZ, A., Neoconstitucionalismo y derecho administrativo*. LA LEY Uruguay. Buenos Aires, 2012.
- DURÁN MARTÍNEZ, A., “Principios de legalidad, tipicidad y culpabilidad en el derecho administrativo sancionador”, en *DANÓS ORDÓÑEZ, J.L./ REYMER NÚÑEZ, G.A./ HUAMÁN PAREDES, N.A., (Coordinadores) Derecho Administrativo en el Siglo XXI*, vol. I. ADRUS Editores, Lima, 2013.
- DURÁN MARTÍNEZ, A., “Control jurisdiccional de la discrecionalidad administrativa”, en *Estudios de Derecho Administrativo*, Nº 5. LA LEY Uruguay, 2012.
- DURÁN MARTÍNEZ, A., “Desviación, abuso y exceso de poder”, en *DURÁN MARTÍNEZ, A., Estudios de Derecho Administrativo*, Nº 5. LA LEY Uruguay, 2012.
- Estudios de Derecho Administrativo*, Nº 5. LA LEY Uruguay, 2012.
- FLORES DAPKEVICIUS, R., “*El sumario administrativo es secreto para todos los funcionarios*”, en *La Justicia Uruguaya. Doctrinas magistrales*. La Justicia uruguaya, t. I. Buenos Aires, 2009.
- FRUGONE SCHIAVONE, H., “Control de la discrecionalidad administrativa, principios generales de derecho y abuso de poder”, en *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración* t. 72. Montevideo, 1972.
- FRUGONE SCHIAVONE, H., “La discrecionalidad administrativa”, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Nº 1. Universidad de la República. Montevideo, año XXVI, enero-junio de 1982.
- FRUGONE SCHIAVONE, H., “Principios del procedimiento administrativo”, en *VV.AA. El nuevo procedimiento administrativo*. Secretaría de la Presidencia de la República. Programa Nacional de Desburocratización. Montevideo, 1991.
- FRUGONE SCHIAVONE, H., “Principios fundamentales del procedimiento administrativo”, en *PRAT, J.A., y otros, Procedimiento Administrativo*. Acali Editorial. Montevideo, 1997.
- FRUGONE SCHIAVONE, H., “Procedimiento disciplinario”, en *DURÁN MARTÍNEZ, A. (Coordinador), Procedimiento administrativo. (Decreto Nº 500/991, de 27 de setiembre de 1991)*. Universidad Católica del Uruguay. Revista de Derecho Constitucional y Político-Serie Congresos y Conferencias, Nº 5, 3ª edición actualizada. Montevideo, 2000.
- GIANOLA MARTEGANI, A., “Los límites de la potestad disciplinaria: razonable adecuación de la sanción a la falta”, en *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, t. 72. Montevideo, 1972.
- GUARIGLIA, C.E., “Acerca de la caducidad de la pretensión punitiva de la Administración”, en *Estudios de Derecho Administrativo*, Nº 5. LA LEY Uruguay, 2012.
- HUTCHINSON, T., *Régimen de procedimiento administrativo*. 8ª edición actualizada y ampliada. Astrea. Buenos Aires, 2006.
- LARRAMENDI, M., “Principios de derecho disciplinario”, en *LARRAMENDI, M., Derecho Administrativo Disciplinario*. LA LEY Uruguay. Buenos Aires, 2014.
- LARRAMENDI, M., “Principios de derecho disciplinario en el estatuto del funcionario

- público”, en LARRAMENDI, M., *Derecho Administrativo Disciplinario*. LA LEY Uruguay. Buenos Aires, 2014.
- LORENZO, S., *Sanciones administrativas*. Editorial B de F. Montevideo, 1996.
- LORENZO, S., “Procedimiento disciplinario”, en *Revista de Derecho Público*, N° 38. F.C.U., Montevideo, año 2010.
- MACHADO ARIAS, J.P., “El procedimiento y proceso administrativo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en MACHADO ARIAS, J.P., (*Coordinador*), *Procedimiento y Justicia Administrativa*. Konrad Adenauer Stiftung. México, 2009.
- MÉNDEZ, A., *La Jerarquía*. Amalio M. Fernández. Montevideo, 1973.
- NIETO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*. Tecnos. Madrid, 2011.
- OCHS OLAZÁBAL, D., “El decreto del Poder Ejecutivo N° 420/007: un cuestionable retroceso garantístico en nombre de la celeridad”, en *La Justicia Uruguaya*, N° 138. Montevideo, 2008.
- Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, N° 1. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Paris, 1979.
- ROBAINA RAGGIO, I., “Procedimiento administrativo disciplinario y actuaciones secretas: el control como garantía básica”, en *Revista de Derecho Público*, N° 40. F.C.U. Montevideo, 2011.
- ROTONDO TORNARÍA, F., “Principios de culpabilidad y de non bis inidem en materia de actividad sancionatoria de la Administración”, en *Estudios de Derecho Administrativo*, N° 2. LA LEY Uruguay, 2010.
- RUOCCO, G., “El principio del ‘debido proceso’ en vía administrativa”, en *Estudios de Derecho Administrativo*, N° 7. LA LEY Uruguay, 2013.
- RUOCCO, G., “Principios de legalidad, tipicidad y prescripción en materia de actividad sancionadora de la Administración”, en *Estudios de Derecho Administrativo*, N° 2. LA LEY Uruguay, 2010.
- SAÉZ, J.A., “Principios generales del procedimiento administrativo”, en POZO GOWLAND, H./ HALPERIN, D./ AGUILAR VALDÉZ, O./ JUAN LIMA, F./ CANOSA, A., (*Directores*) *Procedimiento Administrativo*, t. I, LA LEY. Buenos Aires, 2012.
- SAMPAY, A.E., *La declaración de inconstitucionalidad en el derecho uruguayo*. Editorial Medina. Montevideo, 1957.
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo*, vol. II, Colección Ceura. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1999.
- SAYAGUÉS LASO, E., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, 7ª edición, puesta al día a 1998 por Daniel Hugo MARTINS. F.C.U. Montevideo, 1998.
- VÁZQUEZ PEDROUZO, M.C., “Actividad sancionatoria de las autoridades reguladoras”, en *Estudios de Derecho Administrativo*, N° 2. LA LEY Uruguay, 2010.
- VÁZQUEZ, C./ SCHIAVI, P., *Procedimiento Administrativo* t. I. LA LEY Uruguay. Buenos Aires, 2013.

# DESPLIEGUE DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

Dr. Carlos E. Delpiazzo





## DESPLIEGUE DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

Dr. Carlos E. Delpiazzo<sup>1</sup>

**SUMARIO:** 1. Introducción. Evolución del Estado de Derecho y generalización de la responsabilidad administrativa; 2. Responsabilidad Administrativa y Calidad Del Estado De Derecho. Alcance de la responsabilidad administrativa como principio general; 3. Responsabilidad Administrativa y Derecho Privado. Realidad y desafíos de la huída del Derecho Administrativo; 4. Responsabilidad Administrativa y Criterios De Imputación. La proscripción de la irresponsabilidad administrativa no equivale a la atribución objetiva; 5. Responsabilidad Administrativa y Tutela Jurisdiccional Efectiva. Se cae en la irresponsabilidad administrativa si no se dispone de instrumentos eficaces para hacerla valer; 6. Conclusión. La permanente lucha contra las inmunidades del poder.

### I. Introducción

El principio de juridicidad<sup>2</sup> y la procura del bien común<sup>3</sup> son los cimientos en que se apoya el Estado de Derecho<sup>4</sup>. En ese contexto, no hay espacio para la irresponsabilidad administrativa ya que “quien dice Derecho dice responsabilidad”<sup>5</sup> y, por ende, la responsabilidad es de la esencia del Estado de Derecho.

En efecto, según la clásica noción difundida por Alberto Ramón REAL, el Estado de Derecho es “aquel que en sus relaciones con sus súbditos y para garantía de los

1 Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Mayor de la República Oriental del Uruguay. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay Dámaso Antonio Larrañaga. Catedrático de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. Ex Catedrático de Derecho Administrativo, de Derecho Informático y de Derecho Telemático en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Autor de 67 libros y más de 450 trabajos publicados en el país y en el exterior. Profesor Invitado del Instituto Nacional de Administración Pública (España). Profesor Visitante de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad de Belgrano (Argentina). Profesor Extraordinario Visitante de la Universidad Católica de Salta (Argentina). Miembro del Comité Académico de la Maestría de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral (Argentina) y de la Comisión Académica del Programa de Doctorado de Derecho Administrativo Iberoamericano liderado por la Universidad de La Coruña (España). Ex Director y miembro del Instituto Uruguayo de Derecho Administrativo, del Instituto de Derecho Administrativo de la Universidad Notarial Argentina, de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo, de la Asociación de Derecho Público del Mercosur, de la Academia Internacional de Derecho Comparado, y de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo. Miembro fundador de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo. Secretario General del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo.

2 Carlos E. DELPIAZZO - “Afirmación y evolución del principio de juridicidad. Vigencia del pensamiento de Maurice Hauriou”, en Andry MATILLA, Jaime Orlando SANTOFIMIO y Héctor SANTAELLA (Coordinadores) - “Ensayos de Derecho Público en memoria de Maurice Hauriou” (Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013), pág. 197 y sigtes.; y “Proyección de dos clásicos franceses del Derecho Administrativo”, en Rev. de la Facultad de Derecho (Montevideo, 2012), Nº 32, pág. 143 y sigtes.

3 Carlos E. DELPIAZZO - “Bien común, sociedad y Estado”, en Rev. de Derecho de la Universidad de Montevideo (Montevideo, 2012), Año XI Nº 21, pág. 81 y sigtes.

4 Carlos E. DELPIAZZO - “Derecho Administrativo General” (A.M.F., Montevideo, 2011), volumen 1, pág. 34 y sigtes.

5 Eduardo SOTO KLOSS - “Derecho Administrativo” (Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996), tomo II, pág. 285 y sigtes.; Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO - “Curso de Derecho Administrativo” (Porrúa - UNAM, México, 2006), pág. 851; y Carlos E. DELPIAZZO - “La responsabilidad en el Derecho Público uruguayo”, en Rev. de Derecho. Publicación arbitrada de la Universidad Católica del Uruguay (Montevideo, 2008), Nº 3, pág. 59 y sigtes.

derechos de éstos, se somete él mismo a un régimen de Derecho y está sujeto en su acción a reglas que, primero, determinan los derechos que se reservan los ciudadanos (los habitantes en general) y segundo, fijan las vías y medios por los cuales las autoridades públicas pueden lograr los fines del Estado”, de modo que el Estado de Derecho supone, esencialmente, la finalidad estatal tutelar de los derechos humanos, es decir, el personalismo democrático republicano, por lo cual es inconciliable con el transpersonalismo, que implica su negación<sup>6</sup>.

Por ende, son rasgos capitales del Estado de Derecho en sentido material o técnico el reconocimiento constitucional de la personalidad humana y su libertad como valores de principio, la afirmación de que los órganos del Estado sólo tienen poderes expresos y limitados, y un régimen de garantías para prevenir y reprimir todo desborde de autoridad, de modo que no quede espacio alguno librado a la irresponsabilidad de la Administración como gestora servicial del bien común<sup>7</sup>.

Si ello es así con carácter general, mucho más debe serlo en el momento actual de la evolución del Estado de Derecho<sup>8</sup>, signado por el advenimiento del Estado constitucional de Derecho<sup>9</sup>, fundado en la dignidad de la persona humana y en el que la limitación del poder se expresa en clave de garantía de todos los derechos fundamentales.

De este modo, el Estado constitucional de Derecho expresa una fórmula cuyo elemento medular consiste en una concepción instrumental de las instituciones al servicio de los derechos fundamentales<sup>10</sup>, en la cual el principio de juridicidad supone el sometimiento del poder no únicamente a límites formales sino también a límites sustanciales impuestos por los principios generales y por la eminente dignidad de la persona humana, de la que derivan todos sus derechos y desde la cual deben ellos interpretarse y aplicarse: el legislador, absteniéndose de sancionar leyes que los contravengan; el juez al dirimir los litigios sometidos a su jurisdicción, y cualquier autoridad administrativa al cumplir sus cometidos<sup>11</sup>.

6 Alberto Ramón REAL - “El Estado de Derecho”, en Estudios Jurídicos en memoria de Eduardo J. Couture (Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1957), pág. 585 y sigtes.

7 Carlos E. DELPIAZZO - “Derecho Administrativo General” cit., volumen 1, pág. 28.

8 Carlos E. DELPIAZZO - “Transformaciones del Derecho Administrativo”, en Víctor HERNANDEZ MENDIBLE (Coordinador) - “Derecho Administrativo Iberoamericano, 100 autores en homenaje al Posgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello” (Ediciones Paredes, Caracas, 2007), tomo 1, pág. 417 y sigtes.; “Pasado, presente y futuro del Derecho Administrativo”, en Rev. Argentina del Régimen de la Administración Pública (Buenos Aires, 2007), Año XXIX, Nº 348, pág. 243 y sigtes.; “¿Hacia dónde va el Derecho Administrativo?”, en Carlos Mario MOLINA y Libardo RODRIGUEZ (Coordinadores) - “El Derecho Público en Iberoamérica” (Temis, Bogotá, 2010), tomo I, pág. 373 y sigtes.; y “El Derecho Administrativo 50 años después de la obra de Sayagués Laso”, en Rev. de la Facultad de Derecho (Montevideo, 2011), Nº 30, pág. 87 y sigtes.

9 José Luis CEA EGAÑA - “Estado constitucional de Derecho: nuevo paradigma jurídico”, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano (Konrad Adenauer, Montevideo, 2005), Año 11, tomo I, pág. 47 y sigtes.

10 Miguel CARBONELL (Editor) - “Teoría del neoconstitucionalismo” (Trotta, Madrid, 2007), págs. 72 y 73; Miguel CARBONELL (Editor) - “Neoconstitucionalismo(s)” (Trotta, Madrid, 2005), 2ª edición, pág. 49 y sigtes.; y Augusto DURAN MARTINEZ - “Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo” (La Ley Uruguay, Montevideo, 2012), pág. 3 y sigtes., y “En torno al neoconstitucionalismo”, en Rev. Estudios Jurídicos (UCUDAL, Montevideo, 2009), Nº 7, pág. 63 y sigtes.

11 Carlos E. DELPIAZZO - “Derecho Administrativo General” cit., volumen 1, págs. 32 y 33.

Siendo así, en la medida que con el neoconstitucionalismo se despliega el principio de responsabilidad en toda su magnitud, se impone examinar cuatro aspectos relativos a la interdicción de la irresponsabilidad administrativa en el presente que nos toca vivir.

## 2. Responsabilidad administrativa y calidad del estado de derecho

Como se ha señalado con magistral acierto, la categorización del Estado de Derecho radica, antes que en la sujeción formal, en la concreción de valores propios, cuya realización es fuente de legitimidad de su existencia y fin de su obrar, de modo que la exclusiva caracterización del Estado de Derecho por su subordinación al orden jurídico formal, es insuficiente. Por imperativo de su naturaleza instrumental, de su ser para fines, debe articular las esferas jurídicas de la persona humana, las comunidades menores, y la suya propia<sup>12</sup>.

Por eso, he sostenido reiteradamente antes de ahora que la calidad del Estado de Derecho depende, en buena medida, de la amplitud de la responsabilidad de sus autoridades y de la eficacia de los medios para hacerla valer en tiempo y forma. Consecuentemente, se desnaturaliza el Estado de Derecho o, al menos, pierde valor cuando emergen espacios de irresponsabilidad administrativa que soslayan la centralidad de la persona humana y la servicialidad administrativa para el bien común que lo caracterizan<sup>13</sup>.

Dos consecuencias derivan inexorablemente de tal perspectiva: que la responsabilidad es un principio general de Derecho y que su alcance no admite exclusiones.

En primer lugar, hoy ya no puede dudarse que **la responsabilidad es un principio general de Derecho** impuesto por la realidad de que el Estado y todos sus órganos, funciones, cometidos y medios (materiales y humanos) están al servicio de la persona humana y sus derechos fundamentales, teniendo por finalidad la consecución del bien común. En consecuencia, cualquier ámbito de irresponsabilidad, por más pequeño y excepcional que sea, violenta el Estado de Derecho, implica una desigualdad y genera un agravio, que debe siempre ser reparado total e integralmente. Todo daño, cualquiera sea el órgano estatal que lo haya provocado, significa un detrimento de la esfera jurídica de alguien, es decir, un menoscabo de lo que le

---

12 Mariano R. BRITO - "El Estado de Derecho en una perspectiva axiológica", en Rev. Ius Publicum (Santiago de Chile, 2001), Nº 6, pág. 63 y sigtes.; "Planificación y libertad en el Estado social de Derecho", en Rev. Uruguaya de Estudios Administrativos (Montevideo, 1977), Año I, Nº 1, pág. 31 y sigtes.; y "Principio de legalidad e interés público en el Derecho positivo uruguayo", en Rev. La Justicia Uruguaya, tomo 90, sección Doctrina, pág. 11 y sigtes.

13 Carlos E. DELPIAZZO - "Estudios sobre la Responsabilidad de la Administración" (U.M., Montevideo, 2009), pág. 10; "Panorama actual de la responsabilidad estatal", en Carlos E. DELPIAZZO (Coordinador) - "Transformaciones actuales del Derecho Administrativo" (F.C.U., Montevideo, 2010), pág. 13; "La responsabilidad estatal en el actual Estado de Derecho", en Anuario Jurídico Villanueva (Universidad Complutense, Madrid, 2010), Nº IV, pág. 15 y sigtes.; y "Calidad del Estado de Derecho", en Rev. de Derecho de la Universidad de Montevideo (Montevideo, 2013), Año XIII, Nº 23, pág. 7.

pertenece, una lesión en lo suyo, que debe ser reparada a quien la ha sufrido por aquel que la ha causado<sup>14</sup>.

Que *la responsabilidad es un principio* resulta con evidencia de que constituye uno de los soportes primarios estructurales del sistema jurídico todo, al que todos los principios prestan su contenido. Ello es así porque “en todo sistema jurídico hay cantidad de reglas de gran generalidad, verdaderamente fundamentales, en el sentido de que a ellas pueden vincularse, de un modo directo o indirecto, una serie de soluciones expresas del Derecho positivo a la vez que pueden resolverse, mediante su aplicación, casos no previstos, que dichas normas regulan implícitamente”<sup>15</sup>.

La propia designación de “principios” alude a lo primero, o sea, lo que antecede plenamente a cuanto le sigue. Por eso, “Háblase de principios habitualmente para referirse a aquellos primeros criterios o fundamentos que expresan el asiento -piedras sillares- de un ordenamiento (jurídico, en la especie que nos ocupa). Criterios de verdad que se procura hallar. Su noción de base alude entonces, a un sentido no sólo ontológico sino también lógico, en cuanto atendemos con ellos a unos soportes primarios estructurales del sistema entero del ordenamiento jurídico, al que prestan todo su sentido”<sup>16</sup>.

En efecto, “Cuando se habla de principio, lo primero que viene a la mente es la idea de inicio, de comienzo, de lo que se parte, y que se refiere a una acción, a una actividad, a un procedimiento o iter o camino, que se desarrolla y lleva a un término, a un fin. La idea de principio lleva en sí la de aquello que origina, que es origen o fuente de algo”<sup>17</sup>.

Que *la responsabilidad es general* deriva de que trasciende un precepto concreto y no se confunde con apreciaciones singulares o particulares.

En rigor, lo general se opone a lo particular, de modo que no equivale a vaguedad sino que resulta abarcativo en su supuesto de la categoría o clase de sujetos abstractamente comprendidos sin individualizarlos. Es más: en la medida que refieren a las verdades supremas del Derecho, resultan virtualmente comunes a todos los sistemas ya que la afirmación de que los principios generales son válidos solamente para un sistema, es una contradicción con su “ratio juris” de carácter universal que, desde los romanos,

14 Carlos E. DELPIAZZO - “Responsabilidad de la Administración en Uruguay”, en Rev. Iberoamericana de Administración Pública (INAP, Madrid, 2003), N° 10, pág. 31 y sigtes.; y “Enfoque actual de la responsabilidad administrativa”, en Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz (UNAM, México, 2005), volumen sobre Responsabilidad, Contratos y Servicios Públicos, pág. 227 y sigtes.

15 Alberto Ramón REAL - “Los principios generales de Derecho en la Constitución uruguaya” (Montevideo, 1965), pág. 16, y en A.A.V.V. - “Los principios generales de Derecho en el Derecho uruguayo y comparado” (F.C.U., Montevideo, 2001), pág. 87 y sigtes.

16 Mariano R. BRITO - “Derecho Administrativo. Su permanencia, contemporaneidad, prospectiva” (U.M., Montevideo, 2004), pág. 37 y sigtes.

17 Eduardo SOTO KLOSS - “Derecho Administrativo” cit., tomo II, pág. 20.



ha sido patrimonio común de nuestra conciencia jurídica<sup>18</sup>.

Que *la responsabilidad es una regla de Derecho* queda fuera de toda duda en la medida que constituye una garantía de los derechos humanos<sup>19</sup> y, como tal, de una fórmula técnica del mundo jurídico y no de un simple criterio moral, de una buena intención o de una vaga directiva.

A pesar de que los principios no se presentan habitualmente con la estructura típica de una regla de Derecho, ninguna duda puede existir acerca de que revisten el carácter de tal<sup>20</sup>.

Siendo así, todos los principios constituyen fuente directa y principal de Derecho<sup>21(20)</sup> porque “sería ontológicamente absurdo y lógicamente contradictorio que siendo principios generales sólo se apliquen si no hay texto, sino que los textos deben estar de acuerdo a los principios y los principios de acuerdo a la naturaleza de las cosas”<sup>22</sup>.

Específicamente, el de responsabilidad, que se traduce en la obligación de responder (en el más amplio sentido) es un principio general de Derecho-regla de Derecho que hace parte del haz de la juridicidad constitutivo del bloque de constitucionalidad-conforme al cual todo órgano del Estado debe restituir lo suyo a cada quien cuando le ocasione un daño que la víctima no estaba obligada a soportar y que, por ende, no sólo le ocasiona un menoscabo sino que implica una desigualdad ante las cargas públicas.

En segundo lugar, con base en la afirmación de la responsabilidad como principio general de Derecho, **no pueden existir sujetos irresponsables ni reductos de irresponsabilidad**, de modo que la Administración debe responder siempre, cualquiera sea la causa motivante, la relación en que se enmarque, la índole de la actividad que despliegue, el tipo de intervención de que se trate, y el ámbito en el que se plantee.

---

18 Giorgio DEL VECCHIO - “Los principios generales del Derecho” (Bosch, Barcelona, 1979), pág. 49.

19 Graciela RUOCCO – “Una garantía de los derechos humanos: la responsabilidad patrimonial del Estado”, en Estudios Jurídicos. Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay (Montevideo, 2012), N° 10, pág. 175 y sigtes.

20 Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO - “Reflexiones sobre los principios generales de Derecho en la Constitución uruguaya”, en Estudios Jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real (F.C.U., Montevideo, 1996), pág. 173 y sigtes., y en A.A.V.V. - “Los principios generales de Derecho en el Derecho uruguayo y comparado” cit., pág. 137 y sigtes.

21 <sup>(20)</sup> Carlos E. DELPIAZZO – “Derecho Administrativo General” cit., volumen 1, pág. 120 y sigtes.: “Reconocimiento de los principios generales de Derecho en el Derecho Administrativo uruguayo”, en Jaime ARANCIBIA y José Ignacio MARTINEZ (Coordinadores) - “La primacía de la persona. Estudios en homenaje al Prof. Eduardo Soto Kloss” (Legal Publishing, Santiago de Chile, 2009), pág. 229 y sigtes.; y “Recepción de los principios generales de Derecho por el Derecho positivo uruguayo”, en A.A.V.V. - “Los principios en el Derecho Administrativo Iberoamericano. Actas del VII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo” (Netbiblo, La Coruña, 2008), pág. 607 y sigtes.

22 Héctor BARBE PEREZ - “Los principios generales de Derecho como fuente de Derecho administrativo en el Derecho positivo uruguayo”, en Estudios Jurídicos en memoria de Juan José Amézaga (Montevideo, 1958), pág. 37 y sigtes., y en A.A.V.V. - “Los principios generales de Derecho en el Derecho uruguayo y comparado” cit., pág. 19 y sigtes.

En primer lugar, *la Administración debe responder por toda causa*, es decir, no únicamente por sus acciones sino también por sus omisiones o inactividad<sup>23</sup>.

En segundo lugar, *la Administración debe responder por toda relación*, sea de índole contractual<sup>24</sup> o extracontractual<sup>25</sup>, de Derecho público o de Derecho privado<sup>26</sup>.

En tercer lugar, *la Administración debe responder por su obrar de cualquier naturaleza*, tanto ilícito como lícito ya que la antijuridicidad no es a su respecto la única fuente de responsabilidad<sup>27</sup>.

En cuarto lugar, *la Administración debe responder por su actuación directa e indirecta*, o sea, por la propia y por la de los terceros que participan en el desenvolvimiento de los cometidos que ella tiene asignados<sup>28</sup>.

En quinto lugar, *la Administración debe responder tanto en el ámbito nacional como en el internacional*, en virtud del control de convencionalidad o en otros supuestos en los que pueda corresponder<sup>29</sup>.

23 Carlos E. DELPIAZZO - "Derecho Administrativo General" (A.M.F., Montevideo, 2013), volumen 2, pág. 490 y sigtes.; Guillermo MUÑOZ - "Responsabilidad del Estado por omisión", en Jornadas sobre responsabilidad del Estado y del funcionario público (Edit. Ciencias de la Administración - Universidad Austral, Buenos Aires, 2001), pág. 89 y sigtes.; y Jorge Luis SALOMONI - "La responsabilidad del Estado por omisión en la República Argentina", en La responsabilidad del Estado frente a terceros (Guayaquil, 2005), pág. 73 y sigtes.; y Daniela UROSA MAGGI - "Tutela judicial frente a la inactividad administrativa en el Derecho español y venezolano" (FUNEDA, Caracas, 2003), pág. 181 y sigtes.

24 Carlos E. DELPIAZZO y Graciela RUOCCO - "Tratado Jurisprudencial y Doctrinario sobre Actos y Contratos de la Administración" (La Ley Uruguay, Montevideo, 2013), tomo I, pág. 371 y sigtes.; Rodrigo A. ESCOBAR GIL - "Responsabilidad contractual de la Administración" (Temis, Bogotá, 1989); y Adolfo Roberto VAZQUEZ - "Responsabilidad contractual de la Administración Pública" (Abaco, Buenos Aires, 1992).

25 Carlos E. DELPIAZZO - "Derecho Administrativo General" cit., volumen 2, pág. 477 y sigtes.; Jesús GONZALEZ PEREZ - "Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas" (Civitas, Madrid, 2006), 4ª edición, pág. 201 y sigtes.; Oriol MIR PUIGPELAT - "La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema" (Edisofer - BdeF, Madrid - Buenos Aires, 2012), 2ª edición, pág. 103 y sigtes.; y Adolfo Roberto VAZQUEZ - "Responsabilidad aquiliana del Estado y sus funcionarios" (Abaco, Buenos Aires, 1990).

26 Carlos E. DELPIAZZO - "Actividad administrativa y Derecho privado", en Rev. de Derecho de la Universidad de Montevideo (Montevideo, 2002), Año I, N° 1, pág. 25 y sigtes.; y "Estudios sobre la Responsabilidad de la Administración" cit., pág. 77 y sigtes.

27 Carlos E. DELPIAZZO - "Derecho Administrativo General" cit., volumen 2, pág. 486 y sigtes.; Augusto DURÁN MARTÍNEZ - "Responsabilidad por hecho lícito de la Administración", en Casos de Derecho Administrativo (Ingranus, Montevideo, 1999), volumen I, pág. 187 y sigtes.; Mariana SANTO - "Responsabilidad del Estado por actividad estatal legítima", en Carlos E. DELPIAZZO (Coordinador) - "Transformaciones actuales del Derecho Administrativo" (F.C.U., Montevideo, 2010), pág. 41 y sigtes.; y Julio Rodolfo COMADIRA - "La responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima", en Rev. de Derecho de la Universidad de Montevideo (Montevideo, 2003), Año II, N° 3, pág. 9, y "Derecho Administrativo" (Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004), 2ª edición, págs. 362 y 363.

28 Carlos E. DELPIAZZO - "Derecho Administrativo General" cit., volumen 2, pág. 488 y sigtes.; y "Responsabilidades del Estado y de los concesionarios de servicios públicos", en Anuario de Derecho Administrativo, tomo VII, pág. 56 y sigtes.; Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO - "Sobre reforma del Estado y Derecho Administrativo" (Edit. Universidad, Montevideo, 1996), pág. 22; y Alejandro PEREZ HUALDE - "El concesionario de servicios públicos privatizados. La responsabilidad del Estado por su accionar" (Depalma, Buenos Aires, 1997).

29 Carlos E. DELPIAZZO - "Derecho Administrativo General" cit., volumen 2, pág. 299 y sigtes.; Eduardo G. ESTEVA GALLICCHIO - "El control de convencionalidad. Situación en Uruguay", en Rev. de Derecho Público (Montevideo, 2012), N° 42, pág. 45 y sigtes.; Augusto DURÁN MARTÍNEZ - "La proyección del Derecho internacional de los derechos humanos en el Derecho Administrativo uruguayo", en Augusto DURÁN MARTÍNEZ - "Estudios sobre Derechos Humanos" (UCUDAL, Montevideo, 1999), pág. 89 y sigtes.; y "La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la perspectiva del Derecho Administrativo. Especial referencia al caso Gelman contra Uruguay", en Estudios Jurídicos. Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay (Montevideo, 2011), N° 9, pág.

**En suma:** el reconocimiento de la responsabilidad administrativa como principio general de Derecho y la consecuente extensión de su aplicación a todo ámbito, hace a la calidad del Estado de Derecho y obliga a la interpretación de cada ordenamiento positivo desde una perspectiva constitucionalizante que interdicte cualquier caso, por pequeño que sea, de irresponsabilidad de la Administración y sus agentes.

### 3. Responsabilidad Administrativa y Derecho Privado

La proclamación de la interdicción de la irresponsabilidad administrativa encuentra un obstáculo -al menos aparente- en los últimos años como consecuencia de las transformaciones experimentadas por el sector público de la economía a partir de las denominadas “fugas regulatorias” y de las “fugas organizativas” de que se valen algunas Administraciones públicas<sup>30</sup>.

Ante tal escenario, se impone coincidir con la dura afirmación de Eduardo SOTO KLOSS<sup>31</sup>, quien ha enfatizado que “Sin responsabilidad no hay Derecho que merezca ese nombre y sin responsabilidad del Estado no hay Estado de Derecho que pueda existir. Y es que la existencia real de la responsabilidad del Estado, y especialmente por los daños que produzca su actividad o inactividad administrativa, es el índice más efectivo para saber si un determinado país es un Estado de Derecho o simplemente allí el Derecho es, en último término, una farsa”.

Lo cierto es que, invocando una mal entendida eficacia<sup>32(31)</sup>, algunas Administraciones institucionales de nuestros días procuran migrar hacia el Derecho privado, haciéndolo principalmente de dos maneras<sup>33</sup>:

- a) mediante el recurso al ordenamiento jurídico común para regir su actuación (“fuga regulatoria”); y
- b) a través de la constitución de formas organizativas de Derecho privado (“fuga organizativa”).

---

19 y sigtes.; Pablo GUTIERREZ COLANTUONO – “La responsabilidad estatal y el sistema americano de protección de derechos humanos: una perspectiva judicial”, en A.A.V.V. – “Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del funcionario público. Jornadas organizadas por la Universidad Austral” (RAP, Buenos Aires, 2008), pág. 499 y sigtes.; y Gustavo BOULLADE – “La responsabilidad internacional del Estado”, en Estudios de Derecho Administrativo (Dike, Medoza, 2004), tomo XI, pág. 403 y sigtes.

30 Carlos E. DELPIAZZO - “La responsabilidad estatal ante la huida del Derecho Administrativo”, en Rev. Argentina del Régimen de la Administración Pública (Buenos Aires, 2009), Año XXXI, N° 370, pág. 157 y sigtes., y en Rev. de Direito Administrativo e Constitucional (Belo Horizonte, 2009), Año 9, N° 35, pág. 13 y sigtes.; y “Diversificación actual de la participación privada en la prestación de servicios públicos”, en AIDA - Rev. de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo (México, 2010), Año 4, N° 6, pág. 161 y sigtes.

31 Eduardo SOTO KLOSS - “Responsabilidad del Estado por daños de su Administración. Algunos casos de jurisprudencia (2° semestre de 2008)”, en Rev. Ius Publicum (Santiago de Chile, 2009), N° 22, pág. 92.

32 Carlos E. DELPIAZZO - “La eficacia como principio y como excusa”, en Carlos E. DELPIAZZO (Coordinador) - “Pasado y presente del Derecho Administrativo Uruguayo” (F.C.U., Montevideo, 2012), pág. 271 y sigtes.

33 Carlos E. DELPIAZZO - “Alcance de la responsabilidad administrativa en el actual escenario de transformaciones del sector público”, en Estudios de Derecho Administrativo (La Ley Uruguay, Montevideo, 2011), N° 4, pág. 345 y sigtes.; y “La responsabilidad estatal ante la huida del Derecho Administrativo” cit., pág. 161 y sigtes.

**Las “fugas regulatorias” no pueden inhibir la responsabilidad administrativa** ya que se sustentan en un planteo no sólo sorprendente<sup>34</sup> sino jurídicamente contradictorio ya que lo propio de la actividad pública, regida por el principio de especialidad, no se corresponde con el Derecho regulador de la actividad privada, presidido por el principio de libertad<sup>35</sup>. “Hay que subrayar que es la legalidad -se ha dicho- y no la libertad lo que está en la base misma de la actuación de los poderes públicos, y que ello no es un prurito de los juristas, como alguien podría creer, sino una exigencia indeclinable del principio democrático mismo”<sup>36</sup>.

Es que el Derecho público está lleno de “privilegios en más” pero también de “privilegios en menos”<sup>37</sup> ya que junto a un amplio contenido de régimen exorbitante -plasmado en las prerrogativas de la Administración, en su actuación coactiva, el régimen procesal privilegiado de que goza, y la inembargabilidad de sus bienes- impone a la Administración restricciones en su obrar a través de una actuación formalizada y uniformizada, sometida a controles y publicidad, con fines de garantía que no justifican su avasallamiento en aras de la sola eficiencia<sup>38</sup>.

En rigor, como bien se ha marcado, “la supuesta huida al Derecho privado no es, en realidad, sino una huida del Derecho”<sup>39</sup> ya que “se trata de escapar de todo un ordenamiento, en concreto, huir de la legislación de contratos del Estado, del ordenamiento jurídico en materia de selección, promoción y control del personal, y enajenación de bienes”<sup>40</sup>, y también del régimen de responsabilidad administrativa, tanto en su faz política como disciplinaria, patrimonial y aún penal.

**Tampoco las “fugas organizativas” pueden inhibir la responsabilidad administrativa** por cuanto no es lógico ni compatible con el Estado constitucional de Derecho el uso instrumental del Derecho privado en las relaciones con terceros e, incluso, en la propia organización y estructura de la Administración sin otro fin que excluir los procedimientos de control, de la selección de contratistas y de funcionarios, así como eludir responsabilidades.

El vehículo para el logro de tales objetivos es la creación por la Administración de entes instrumentales consistentes normalmente en sociedades comerciales, dotadas de

34 Guillermo Andrés MUÑOZ - “Derecho público y Derecho privado en la organización de la Administración”, en Guillermo Andrés MUÑOZ y Carlos Manuel GRECCO - “Fragmentos y testimonios del Derecho Administrativo” (Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999), pág. 459.

35 Carlos E. DELPIAZZO - “Los derechos fundamentales y la libertad económica”, en VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo (FUNEDA, Caracas, 2004), págs. 66 y 67.

36 Eduardo GARCIA DE ENTERRIA y Tomás Ramón FERNANDEZ - “Curso de Derecho Administrativo” (Civitas, Madrid, 2004), tomo I, 12ª edición, págs. 410 y 411.

37 Luciano PAREJO ALFONSO y otros - “Manual de Derecho Administrativo” (Ariel, Barcelona, 1996), volumen I, 4ª edición, pág. 341 y sigtes.

38 Carlos E. DELPIAZZO - “Actividad administrativa y Derecho privado” cit., pág. 26.

39 José Manuel SALA ARQUER - “Huida al Derecho privado y huida del Derecho”, en Rev. Española de Derecho Administrativo (Civitas, Madrid, 1992), Nº 75, pág. 399.

40 José Luis VILLAR PALASÍ - “Tipología y Derecho estatutario de las entidades instrumentales de las Administraciones públicas”, en A.A.V.V. - “Administración instrumental. Homenaje al Profesor Manuel Francisco Clavero Arévalo” (Civitas, Madrid, 1994), tomo I, págs. 164 y 165.

personalidad jurídica propia, y a las que se encomienda la gestión de alguna o algunas de las competencias de titularidad del ente matriz<sup>41</sup>.

Así, suele hablarse de “Administración instrumental” para referirse al “conjunto de personas jurídicas que una Administración Pública como competencias propias crea, para la mejor consecución de sus fines y sobre la que ejerce una posición superior de dependencia”<sup>42</sup>.

Por lo tanto, dos son las notas esenciales que caracterizan a este fenómeno de “*instrumentalización*”, a saber:

- a) la personalidad jurídica propia de los entes instrumentales; y
- b) su relación de dependencia con la Administración que los crea y a cuyos fines sirven.

En virtud de esa instrumentalización, se ha postulado la “*comunicabilidad*” de la responsabilidad ya que es inconcebible que la Administración pueda irresponsabilizarse a sí misma mediante el cómodo arbitrio de acudir a colaboradores o sustitutos, ya que nadie -tampoco la Administración- puede conseguir eludir la responsabilidad que le incumbe o desprenderse de la responsabilidad que se deriva de sus propios actos u omisiones<sup>43(42)</sup>.

En primer lugar, ello es así porque el aprovechamiento de la personalidad jurídica propia del ente instrumental no puede liberar a la Administración matriz de su calidad de responsable por el buen desempeño de los cometidos que le han sido confiados. Así lo ha entendido la jurisprudencia española<sup>44</sup> y así lo ha destacado la doctrina al señalar que “la mera utilización instrumental de formas privadas de personificación en absoluto puede justificar la minoración de las garantías del ciudadano”<sup>45</sup>.

En segundo lugar, la unidad organizativa que componen el ente matriz y el instrumental también determina la necesaria comunicabilidad de la responsabilidad ya que la instrumentalidad no puede conspirar contra el interés general sino que debe servirlo<sup>46</sup>.

---

41 Ángel BALLESTEROS FERNÁNDEZ – “La responsabilidad patrimonial de los entes instrumentales de la Administración y su transmisión a la entidad matriz” en Rev. de Estudios de la Administración Local y Autonómica (Madrid, 2006), Nº 300 – 301, pág. 565.

42 José ORTIZ MALLOL – “La relación entre la entidad matriz y la instrumental: algunas notas”, en A.A.V.V. - “La Administración Instrumental. VIII Jornadas del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía” (Sevilla, 2005), pág. 192.

43 Santiago GONZÁLEZ VARAS IBÁÑEZ - “La responsabilidad administrativa en casos de colaboración de los particulares en el ejercicio de funciones administrativas”, en Rev. Española de Derecho Administrativo (Civitas, Madrid, 2004), Nº 123, pág. 410.

44 Así: sentencias del Tribunal Supremo español de 25 de octubre de 1996, 4 de junio de 1992 y 25 de octubre de 1996.

45 Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ – “Curso de Derecho Administrativo” cit., tomo II, 9ª edición, pág. 391.

46 José Luis MEILAN GIL – “La funcionalidad de los entes instrumentales como categoría jurídica”, en A.A.V.V. - “Administración instrumental. Homenaje al Profesor Manuel Francisco Clavero Arévalo” (Civitas, Madrid, 1994), tomo II, pág. 988.

En tercer lugar, la comunicabilidad de la responsabilidad desde el ente instrumental hacia su entidad matriz deriva del principio general de responsabilidad como postulado esencial del Estado de Derecho. “Admitir, de plano, una diferenciación de tratamiento, si los servicios se prestan bajo formas jurídicas de Derecho privado, sería equivalente a reconocer la existencia de particulares de primera o de segunda clase, pues las garantías de quienes se sintiesen lesionados por actuaciones de entidades públicas serían, hipotéticamente, mayores”<sup>47</sup>.

A las indicadas notas de instrumentalidad y comunicabilidad, debe agregarse la “*estatalidad*” de los entes instrumentales.

Al respecto, antes de ahora, partiendo de que la distinción entre personas estatales y no estatales está dada por su pertenencia o no a la organización jurídica de la colectividad (o sea, al Estado en sentido amplio por oposición al Estado en sentido estricto, entendido como persona pública mayor)<sup>48</sup>, he sostenido que la “estatalidad” de las empresas reguladas por el Derecho privado pero en las que participa alguna entidad estatal, está dada precisamente por esa pertenencia -total o parcial, cualquiera sea su proporción- a la colectividad organizada<sup>49</sup>. Por lo tanto, si bien se coincide en que el carácter estatal o no estatal viene dado por el capital o patrimonio, no se comparte la apreciación de que la persona jurídica privada será estatal sólo cuando su patrimonio pertenezca mayoritaria o íntegramente a una entidad estatal, en tanto que no lo será cuando esa participación sea minoritaria<sup>50</sup> ya que la sola presencia del Estado (en sentido amplio) califica en todos los casos a la institución de que se trate, cualquiera sea el quantum de su aporte.

Tal temperamento ha sido compartido por la jurisprudencia uruguaya del máximo órgano del Poder Judicial, en cuya opinión “la circunstancia de que un ente estatal (en el caso, el BHU) acuda a la creación de una sociedad comercial (entidad instrumental) para el cumplimiento de sus cometidos, no puede aparejar la irresponsabilidad del ente matriz ni ocultar su estatalidad consecuente con la pertenencia al ente estatal”<sup>51</sup>.

**En suma:** las tres notas de instrumentalidad, comunicabilidad y estatalidad abogan por la interdicción de la irresponsabilidad administrativa en cualquier supuesto de fuga regulatoria u organizativa.

47 María Jesús MONTORO CHINER y María Concepción HILL PRADOS – “Responsabilidad patrimonial de la Administración y contrato de seguro” (Atelier, Barcelona, 2002), pág. 102.

48 Carlos E. DELPIAZZO - “Derecho Administrativo Uruguayo” (Porrúa - UNAM, México, 2005), pág. 123 y sigtes., y “Derecho Administrativo Especial” (A.M.F., Montevideo, 2009), volumen 1, segunda edición actualizada y ampliada, pág. 165 y sigtes.

49 Carlos E. DELPIAZZO - “Actividad empresarial del Estado” en Rev. Uruguaya de Derecho Constitucional y Político (Montevideo, 1999), tomo VII, N° 39, pág. 229; y Mariano R. BRITO y Carlos E. DELPIAZZO - “Derecho Administrativo de la Regulación Económica” (U.M., Montevideo, 1998), pág. 60.

50 José Roberto DROMI - “Derecho Administrativo Económico” (Astrea, Buenos Aires, 1977), tomo I, págs. 36 y 37.

51 Así: sentencia de la Suprema Corte de Justicia uruguaya N° 1006 de 6 de abril de 2011.

#### 4. Responsabilidad Administrativa y Criterios de Imputación

La proscripción de la irresponsabilidad administrativa no equivale a la proclamación del criterio de imputación objetivo de la misma.

En efecto, una cosa es el principio general de responsabilidad (de máximo rango en el ordenamiento) y otra diferente la opción que cada Derecho positivo adopte para determinar cuándo surge la responsabilidad, es decir, si ella obedece a fundamentos de tipo subjetivo o de tipo objetivo<sup>52</sup>.

**Desde el punto de vista conceptual**<sup>53</sup>, en base al *criterio subjetivo*, se exige para que nazca la responsabilidad administrativa que exista culpa o dolo, o se acude al concepto de “falta de servicio”, reclamando que éste no haya funcionado, haya funcionado tarde o haya funcionado defectuosamente.

En cambio, de acuerdo al *criterio objetivo*, la responsabilidad administrativa no se centra en un hecho ilícito culpable o doloso sino en el daño causado, de modo que, comprobado que un particular ha sufrido un menoscabo derivado de la acción u omisión estatal, procede su reparación sin que sea necesario analizar cómo fue la conducta que lo ocasionó.

**Desde el punto de vista comparado**, ambos criterios, que admiten una amplia variedad de matices, han tenido una diferente génesis y una diversa evolución en cada ordenamiento<sup>54</sup>.

Así, por un lado, el camino jurisprudencial francés ha seguido tradicionalmente el criterio subjetivo de imputación pero lo ha ido ampliando por la vía de la responsabilidad sin falta y por la exasperación de la prueba liberatoria que incumbe a la Administración en mérito a presunciones de culpa<sup>55</sup>.

A su vez, por otro lado, el camino normativo transitado por el Derecho español ha puesto el acento en que la lesión resarcible es la pieza clave de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. No obstante, la doctrina se ha encargado de limitar su alcance al reconocer que “el principio objetivo de la responsabilidad de la Administración pública tal y como está planteado... entraña problemas de entendimiento con los tiempos que vivimos. El Estado social y democrático de Derecho no se compadece con este super-blindaje, super-defensa que tienen los funcionarios

52 Carlos E. DELPIAZZO – “Derecho Administrativo General” cit., volumen 2, pág. 448 y sigtes.; y “Estudios sobre la Responsabilidad de la Administración” cit., pág. 31 y sigtes.

53 Carlos E. DELPIAZZO – “Derecho Administrativo Uruguayo” cit., pág. 399 y sigtes.

54 Carlos E. DELPIAZZO – “Acerca de la imputación de la responsabilidad del Estado en el Derecho comparado actual”, en Suplemento de Derecho Administrativo de Rev. El Derecho (Buenos Aires, 30 de marzo de 2000), Año XXXVIII, N° 9975, pág. 17 y sigtes.

55 Georges VEDEL – “Derecho Administrativo” (Aguilar, Madrid, 1976), pág. 270 y sigtes.

frente a los ciudadanos como consecuencia del principio de la responsabilidad objetiva y universal de la Administración pública”<sup>56</sup>.

Al respecto, es interesante tener en cuenta el periplo intelectual de Eduardo GARCIA DE ENTERRIA, seguido a través de sus prólogos a dos obras destacadas, separados entre sí por algo más de 30 años.

En 1970, el eminente maestro se agraviaba de lo que entendía era “una insensibilidad general” más que una insuficiencia normativa para que los particulares pudieran hacer valer la responsabilidad administrativa. Decía: “Las pretensiones de indemnización suelen naufragar, como sabe cualquier práctico del Derecho, en el rigor insólito (insólito porque para siempre en beneficio de los dañadores y responsables) que los jueces exigen para la prueba de la causalidad del daño y, finalmente y de manera especial, de su extensión concreta y en la virtual negación de las indemnizaciones alzadas o estimativas, que son, no obstante, las procedentes quizá en la mayor parte de los casos”. Y se preguntaba: “¿Es que la impunidad por los daños causados a los súbditos será un precio obligado para que la Administración pueda funcionar, un precio, pues, de la vida social?”<sup>57</sup>.

Luego de 32 años, en 2002, manifestó su “juicio positivo en favor de una rectificación del sistema” de responsabilidad patrimonial del Estado, el cual, a su juicio, es disfuncional e insatisfactorio ya que, entre quienes lo promovieron -él fue uno- “nunca existió la idea de que la responsabilidad patrimonial de la Administración en nuestro Derecho tuviese que ser una responsabilidad objetiva y absoluta, capaz de incluir supuestos ilimitados de indemnización”. Contrariamente, enfatiza en la tipificación de “tres causas específicas de imputación: primera, la realización directa y legítima del daño por la Administración... Segunda causa de imputación: la actuación ilícita de la Administración... Y finalmente, en tercer lugar, los casos de riesgo creado por la Administración, que implicaría la imputación del caso fortuito derivado de ese riesgo a que la Administración ha sometido, en beneficio propio, a los ciudadanos. Sólo en este último supuesto podría hablarse de la imputación de una responsabilidad objetiva”<sup>58</sup>.

**Desde el punto de vista uruguayo**, es dable advertir un divorcio entre la doctrina y la jurisprudencia nacionales.

En efecto, mientras que los autores -con honrosas excepciones<sup>59</sup>- postulan un criterio

56 Jaime RODRIGUEZ-ARANA - “Nuevas orientaciones doctrinales sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración pública”, en Rev. de Derecho de la Universidad de Montevideo, Año II (2003), Nº 4, pág. 29 y sigtes.

57 Eduardo GARCIA DE ENTERRIA - Prólogo a Jesús LEGUINA VILLA - “La responsabilidad civil de la Administración pública” (Tecnos, Madrid, 1970), 1ª edición, págs. 9 y 18.

58 Eduardo GARCIA DE ENTERRIA - Prólogo a Oriol MIR PUIGPELAT - “La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema” cit., pág. XXI y sigtes.

59 Enrique SAYAGUES LASO - “Tratado de Derecho Administrativo” (Montevideo, 1963), tomo I, pág. 660 y sigtes.; Daniel Hugo MARTINS - “La responsabilidad de la Administración y de los funcionarios en la Constitución uruguayana”, en Constitución y Administración (Montevideo, 1993), pág. 267 y sigtes.; y José KORZENIAK - “Curso de Derecho



objetivo de imputación de la responsabilidad administrativa<sup>60</sup>, la jurisprudencia se ha orientado a favor del criterio subjetivo, fundándose frecuentemente en la legislación civil<sup>61</sup>.

No obstante, en varias sentencias se reconoce la existencia de una presunción de culpa, lo que invierte la carga probatoria, siendo dable advertir una expansión de la noción de daño resarcible, a la vez que una presunción del nexo causal que traslada a la Administración obligada la prueba de descargo<sup>62</sup> e incluso se ha llegado a descartar el nexo causal<sup>63</sup>.

**En suma:** como lo he señalado en reiteradas oportunidades a partir de la observación de la realidad<sup>64</sup>, el moderno régimen de la responsabilidad, tanto en el ámbito público como privado, “desemboca finalmente en un sistema policéntrico”<sup>65</sup> y “pasa a ser múltiple ya que resulta compuesto por diversos criterios de imputación, cada uno dotado de su propia y específica razón justificante, y también con un propio y específico campo de aplicación”<sup>66</sup>. Pero esa diversidad en nada mella el alcance universal de la responsabilidad administrativa erigido como principio general de Derecho ni permite su identificación con la responsabilidad objetiva.

---

Constitucional 2<sup>o</sup>” (F.C.U., Montevideo, 1971), vol. 2, pág. 17 y sigtes.

60 Justino JIMENEZ DE ARECHAGA - “La Constitución del Uruguay de 1952” (C.E.D., Montevideo, 1966), tomo II, pág. 314; Sergio DEUS - “Responsabilidad civil del Estado”, en *La Justicia Uruguaya*, tomo 94, sección Doctrina, pág. 31 y sigtes.; Jorge PEIRANO FACIO - “Responsabilidad del Estado”, en *Anales del Foro*, N° 109-120, pág. 72 y sigtes.; Julio A. PRAT - “Derecho Administrativo” (Acali, Montevideo, 1978), tomo 4, vol. 2, pág. 71; Mariano R. BRITO - “Responsabilidad extracontractual del Estado administrativa, legislativa y jurisdiccional”, en *Estudios Jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real* (F.C.U., Montevideo, 1996), pág. 129 y sigtes.; Martín J. RISSO FERRAND - “Responsabilidad del Estado por su actividad jurisdiccional” (F.C.U., Montevideo, 1998), 2ª edición actualizada, pág. 38 y sigtes.; Augusto DURÁN MARTÍNEZ - “Responsabilidad por hecho lícito de la Administración” cit., pág. 192 y sigtes.; Graciela BERRO - “Responsabilidad objetiva del Estado”, en *Rev. de Derecho Público* (Montevideo, 1992), N° 2, pág. 89 y sigtes.; Cristina VAZQUEZ - “Fundamentos de la responsabilidad del Estado en la doctrina juspublicista”, en *Rev. de Derecho Público* (Montevideo, 1995), N° 7, pág. 32 y sigtes.; Horacio CASSINELLI MUÑOZ - Informe sobre la responsabilidad del Estado por acto legislativo”, en *La Justicia Uruguaya*, tomo 105, sección Doctrina, págs. 323 y 324, y “Los límites de los derechos humanos en la Constitución nacional”, en *Cuaderno de Derecho y Ciencias Sociales* (Montevideo, 1990), N° 13, pág. 190; y Martín RISSO FERRAND y Alberto PEREZ PEREZ - *Intervenciones en Segundo Coloquio sobre Contenciosos de Derecho Público, Responsabilidad del Estado y Jurisdicción* (Edit. Universidad, Montevideo, 1995), págs. 122 y 123.

61 Lorenzo SANCHEZ CARNELLI - “Responsabilidad del Estado” (Edit. Nueva Jurídica, Montevideo, s/f), pág. 31 y sigtes.; Carlos DE CORES - “Reflexiones sobre la naturaleza de la responsabilidad civil del Estado”, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XXII, pág. 399 y sigtes.; Alicia CASTRO - “Algunos comentarios sobre la jurisprudencia contencioso administrativa de reparación patrimonial”, en *Cuarto Coloquio sobre Contenciosos de Derecho Público, Responsabilidad del Estado y Jurisdicción* (Edit. Nueva Jurídica, Montevideo, 1998), pág. 86 y sigtes.; y Susana BELLO - “Fundamento jurisprudencial de la responsabilidad del Estado por acto legislativo y jurisdiccional”, en *Rev. de Derecho Público* (Montevideo, 1995), N° 8, pág. 53 y sigtes.

62 Alicia CASTRO - “Algunos comentarios sobre la reparación del daño y los criterios de actualización en la responsabilidad civil del Estado”, en *Segundo Coloquio cit.*, pág. 104 y sigtes.

63 Felipe ROTONDO TORNARIA - “Responsabilidad del Estado: criterio jurídico de imputación”, en *Anuario de Derecho Administrativo*, tomo VII, págs. 117 y 118.

64 Carlos E. DELPIAZZO - “Enfoque actual de la responsabilidad administrativa” cit., pág. 227 y sigtes.; “Derecho Administrativo Uruguayo” cit., págs. 406 a 409; “Estudios sobre la Responsabilidad de la Administración” cit., págs. 41 y 42; y “Derecho Administrativo General” cit., volumen 2, págs. 457 y 458.

65 Jorge GAMARRA - “Responsabilidad contractual” (F.C.U., Montevideo, 1997), tomo II, pág. 341.

66 Jorge GAMARRA - “Tratado de Derecho Civil Uruguayo” (Montevideo, 1981), tomo XIX, pág. 42.

## 5. Responsabilidad Administrativa y Tutela Jurisdiccional Efectiva

Evidentemente, la interdicción de la irresponsabilidad administrativa deviene ilusoria si no se cuenta con una tutela jurisdiccional efectiva<sup>67</sup>.

Más allá del simple derecho a la jurisdicción, el principio de la tutela jurisdiccional efectiva implica la universalidad del control jurisdiccional de la Administración o la justiciabilidad sin excepciones del Estado, en el sentido de que cualquier acto o conducta, positiva o negativa, de la Administración y de sus funcionarios puede ser sometida al enjuiciamiento por parte de órganos jurisdiccionales, a instancia de cualquier persona o entidad a quienes dichos actos o conductas lesionen en sus derechos o intereses<sup>68</sup>.

Según la clásica definición de Jesús GONZALEZ PEREZ, se trata del “derecho de toda persona a que se le haga justicia; a que cuando pretenda algo de otra, esa pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con unas garantías mínimas”<sup>69</sup>.

La efectividad de la tutela jurisdiccional efectiva, erigida como principio, debe verificarse en cada uno de los tres momentos referidos<sup>70</sup>:

- a) en el acceso a la Justicia;
- b) en el proceso; y
- c) una vez dictada la sentencia, haciendo efectiva su ejecución.

En primer lugar, el **acceso irrestricto a la jurisdicción** constituye un aspecto esencial de la tutela jurisdiccional efectiva frente a la Administración y es el presupuesto de las demás manifestaciones de la misma.

En segundo lugar, con relación a la **tutela efectiva en los procesos contra entidades estatales**, una primera cuestión que convoca a la reflexión es el *exagerado respeto de los tribunales a algunas prerrogativas públicas* tales como la inembargabilidad del Estado, la ejecutoriedad de sus decisiones y, en particular, la presunción de juridicidad de los actos administrativos, que no son tales o que no tienen el alcance que se les asigna desde una visión equivocada de la separación de Poderes.

67 Carlos E. DELPIAZZO - “Responsabilidad del Estado y tutela jurisdiccional efectiva”, en Estudios Jurídicos en homenaje a Mariano R. Brito (F.C.U., Montevideo, 2008), pág. 972 y sigtes.

68 Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR - “Principios de Derecho Administrativo General” (Iustel, Madrid, 2005), tomo I, págs. 88.

69 Jesús GONZÁLEZ PÉREZ - “El derecho a la tutela jurisdiccional” (Civitas, Madrid, 2001), pág. 33.

70 Gabriel DELPIAZZO ANTON - “Tutela jurisdiccional efectiva frente a la Administración” (U.M., Montevideo, 2009), pág. 19 y sigtes.

Por otra parte, una segunda cuestión es la que deriva de las *limitaciones en materia de medidas cautelares*. Superada la etapa de prohibición de adoptarlas frente a la Administración, debe tenerse presente que la tutela cautelar hace parte de la tutela jurisdiccional efectiva y ella se logra, según los casos, no sólo con suspensiones de ejecución de determinados actos sino con medidas de ejecución provisional, de no innovar o de carácter positivo, tanto conservatorias como innovativas<sup>71</sup>.

Una tercera cuestión vinculada al desarrollo de los procesos contencioso administrativos es su *excesiva prolongación en el tiempo*. Al respecto, la duración razonable del proceso tiene su fundamento en el derecho a la seguridad jurídica y en la proporcionalidad entre medios y fines. Por lo tanto, la consideración del aspecto temporal desde la perspectiva de los derechos fundamentales debe proyectar nueva luz para la interpretación y, en su caso, reformulación de las normas positivas que regulan el trámite y sus pasos ya que la mirada de la cuestión desde la instrumentalidad del proceso sugiere que el mismo no puede ser un reservorio de irresponsabilidad por la atemporalidad del actuar de magistrados y funcionarios.

Como cuarta cuestión, es preciso reivindicar que los requisitos de admisibilidad y de fondo en todos los juicios contra entidades estatales sean objeto de adecuada ponderación a fin de que los mismos no operen como *obstáculos al ingreso y progreso de la acción*.

Sobre el particular, debe priorizarse el *principio “pro actione”* en virtud del cual el Tribunal puede y debe procurar el sentido más favorable a la admisión de las pretensiones, evitando que meros formalismos o interpretaciones no razonables de las normas procesales impidan el enjuiciamiento de fondo del asunto planteado<sup>72</sup>.

En tercer lugar, en el Estado de Derecho no sólo debe ser posible llevar a juicio a las Administraciones públicas y alcanzar un fallo favorable dictado por un tribunal independiente e imparcial, sino también que se pueda obtener la **ejecución de la sentencia**.

Respecto a las sentencias anulatorias, la primera cuestión que se impone destacar es el *deber de las entidades estatales de cumplir* los fallos jurisdiccionales que las alcanzan, adecuando su conducta a ellos y procediendo en consecuencia. Téngase en cuenta que en la mayoría de los casos la pretensión del actor no se satisface con su solo dictado sino que es necesario que la Administración dicte uno o más actos expresos u ordene medidas de contenido material a fin de cumplir el fallo jurisdiccional.

---

71 Carlos E. DELPIAZZO - “Medidas cautelares en el Derecho Administrativo”, en Angel LANDONI SOSA (Director) - “Curso sobre medidas cautelares” (F.C.U., Montevideo, 1999) pág. 214 y sigtes.; “Medidas cautelares frente a la Administración”, en Anuario de Derecho Administrativo, tomo XV, pág. 63 y sigtes.; “Importancia de las medidas cautelares en los contenciosos administrativos”, en Tribuna del Abogado (Montevideo, 2007), N° 155, pág. 28 y sigtes.; “Déficits del régimen cautelar en los contenciosos administrativos uruguayos frente al panorama comparado”, en Rev. de Derecho Administrativo (Buenos Aires, 2010), Año 22, N° 74, pág. 863 y sigtes.

72 Gabriel DELPIAZZO ANTON - “Tutela jurisdiccional efectiva frente a la Administración” cit., pág. 75.

Frente a la negativa franca o disimulada de la Administración a cumplir debidamente el fallo o aún ante la demora injustificada para hacerlo, se impone a los tribunales *disponer lo conveniente para su ejecución* en la medida que la función jurisdiccional consiste no sólo en juzgar sino en ejecutar lo juzgado.

Con carácter general, o sea, tanto para las sentencias anulatorias como para las que condenan a dar, hacer o no hacer, es preciso reivindicar que, como consecuencia del deber estatal de cumplir los fallos, correlativo al derecho de quien ha obtenido una sentencia a su favor, *la sustitución del cumplimiento por la reparación de los daños causados no es el principio sino la excepción*, de modo que sólo será procedente cuando resulte imposible la debida ejecución<sup>73</sup>.

**En suma:** se corre el riesgo de caer en la irresponsabilidad administrativa si no se dispone de instrumentos de control jurisdiccional eficaces para hacer valer el principio general de responsabilidad. Atentan contra el mismo tanto las reacciones judiciales adversas a hacer pagar a la Administración lo probado por considerar alta la carga económico financiera correspondiente como las apreciaciones de hecho y no de Derecho relativas a la contención del gasto público o a pseudo limitaciones presupuestales<sup>74</sup>.

## 6. Conclusion

Parafraseando al maestro Eduardo GARCIA DE ENTERRIA, “El poder administrativo es de suyo un poder esencial y universalmente justiciable”<sup>75</sup>, de modo que no es acorde al Estado de Derecho contemporáneo la más mínima pretensión de justificar reductos de irresponsabilidad o amparar a determinados funcionarios en inexistentes fueros de irresponsabilidad.

Esa permanente lucha contra las inmunidades del poder continúa hoy y debe concretarse frente a quienes proclaman supuestos “modelos de equilibrio” entre las reparaciones debidas y los recursos públicos disponibles (muchas veces dispendiosamente aplicados a fines diferentes a los reclamados por el bien común).

73 Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO - “Incumplimiento de sentencias y responsabilidad estatal”, en “Estudios Jurídicos en homenaje al Prof. Mariano R. Brito” (F.C.U., Montevideo, 2008), pág. 925 y sigtes.; Augusto DURAN MARTINEZ - “Ejecución de la sentencia anulatoria. Una mirada al Derecho comparado con la preocupación por el contencioso administrativo uruguayo”, en “Estudios de Derecho Público” (Montevideo, 2008), volumen II, pág. 279 y sigtes., y “Contencioso Administrativo” (F.C.U., Montevideo, 2007), pág. 338 y sigtes.; Felipe ROTONDO TORNARIA - “Sentencias anulatorias del Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Su cumplimiento”, en Rev. Transformación, Estado y Democracia (O.N.S.C., Montevideo, 2007), N° 33, pág. 88 y sigtes.; Graciela RUOCCO - “Responsabilidad del Estado por inejecución de la sentencia anulatoria”, en IV Jornadas Académicas del Tribunal de lo Contencioso Administrativo en homenaje al Prof. Dr. Mariano R. Brito” (F.C.U., Montevideo, 2010), pág. 155 y sigtes.; y Gabriel DELPIAZZO ANTON - “Tutela jurisdiccional efectiva frente a la Administración” cit., pág. 96 y sigtes.

74 Agustín GORDILLO - “Tratado de Derecho Administrativo” (F.D.A., Buenos Aires, 2000), tomo 2, 4ª edición, pág. XX-5 y sigtes.

75 Eduardo GARCIA DE ENTERRIA - “La lucha contra las inmunidades del poder” (Civitas, Madrid, 1979), 2ª edición, pág. 97.

Por eso, sin ignorar las dificultades reales que a veces pueden existir<sup>76</sup>, es preciso estar muy alertas no sólo para reivindicar la plena vigencia del principio general de responsabilidad sino para lograr Administraciones cada vez más responsables, es decir, que sean conscientes del “accountability” que deben a la sociedad a cuyo servicio están.

Si se baja la guardia en tema tan trascendente, se estará comprometiendo inexorablemente la calidad del Estado de Derecho, habilitando sus “fugas” y justificando a los corruptos que pretenden ejercer el poder como propio y no están dispuestos a responder por sus actos y omisiones<sup>77</sup>.

---

76 Agustín GORDILLO – “La responsabilidad del Estado en la práctica”, en A.A.V.V. – “Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del funcionario público. Jornadas organizadas por la Universidad Austral” (RAP, Buenos Aires, 2008), pág. 729 y sigtes.

77 Jaime RODRIGUEZ ARANA – “Reflexiones sobre el poder público” (Andavira, Santiago de Compostela, 2011), pág. 127 y sigtes.



EL CARÁCTER OBJETIVO DE LA RESPONSABILIDAD  
PATRIMONIAL DE LA  
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: UNA REVISIÓN DOCTRINAL

José Luis Meilán Gil







# EL CARÁCTER OBJETIVO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: UNA REVISIÓN DOCTRINAL

José Luis Meilán Gil<sup>1</sup>

**SUMARIO:** 1. Planteamiento; 2. El Derecho español; 3. El carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración: aplicación jurisprudencial y crítica; 4. Propuesta de revisión de la categoría; 5. Reflexión conclusiva; 6. Bibliografía Seleccionada.

## I. Planteamiento

En la actualidad nadie duda de que, no solo la Administración, sino el Estado debe responder de los daños que cause a los ciudadanos. Hace muchos años Jellineck dejó sentenciado que la responsabilidad del Estado es la última ratio del Estado de Derecho. Como llamada de atención es suficiente. La afirmación no debería quedar limitada al ámbito de los Estados, como confirma la jurisprudencia del TJUE. De hecho figura como un derecho fundamental de los ciudadanos en el artículo 41 de la Carta de la UE, aplicable a sus instituciones y órganos en una interpretación restringida del artículo 51, que ha de ser reconocida por los Estados miembros de acuerdo con sus tradiciones constitucionales.

Habría que extenderla al ámbito global, cuyo reconocimiento explícito es todavía una de las muestras del déficit democrático del Derecho administrativo global, en relación con la actuación de organismos como la OMS que hace años, por ejemplo causó daños a muchos países, de un modo especial a México en materia de turismo, con su declaración sobre la gripe A y a muchos países que hubieron de comprar vacunas en grandes cantidades que han quedado inservibles y ahora mismo ha reconocido fallos en relación con el ébola.

En el meollo de la responsabilidad hay un daño, que es preciso identificar con precisión y después deducir si ha de ser reparado por quien lo haya causado; quién responde y en qué medida.

En el Derecho civil, la responsabilidad tiene una muy larga tradición, simbolizada en el romano *alterum non leadere*. Se construyó sobre la conducta del particular: culpa, negligencia, culpa objetiva,..., con diferenciación del cumplimiento de las obligaciones contractuales, de una manera progresiva, al hilo de los casos concretos.

Sin hacer referencias concretas e históricas de Derecho comparado podría decirse, de una manera sintética y aproximativa para lo que pretendo exponer, que la

---

<sup>1</sup> Catedrático de Derecho administrativo, miembro de número de la Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación, Presidente de honor del FIDA, ex Consejero de Estado.

evolución de la teoría de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública se mueve entre los siguientes polos: de irresponsabilidad a responsabilidad de la Administración; de responsabilidad indirecta a la responsabilidad directa; de responsabilidad subsidiaria a responsabilidad solidaria; de responsabilidad parcial a responsabilidad completa; de responsabilidad subjetiva a responsabilidad objetiva. Es esta última afirmación la que importa para lo que se pretende razonar sobre la posible revisión del carácter objetivo de la responsabilidad, tomando como referencia el Derecho español.

El resultante de la evolución teórica señalada es el desplazamiento de la base del sistema de responsabilidad. Esta no giraría sobre el principio de culpabilidad (principio subjetivo), sino sobre el concepto de lesión (criterio objetivo). En eso se pondrá un especial énfasis por un sector dominante de la doctrina española y se ha llegado a afirmar que el cambio coincide con el paso de un Estado liberal abstencionista a un Estado social, sin aludir a un Estado democrático. Esa orientación doctrinal se impuso legalmente y fue aceptada acríticamente durante largo tiempo por la doctrina científica.

Podría decirse, y así lo he sostenido desde hace muchos años en mis explicaciones de cátedra que, en cuanto a responsabilidad, el Derecho administrativo tomaba como punto de partida lo que para el consolidado Derecho civil, entonces considerado como el *ius commune* por excelencia, era una arribada después de una laboriosa y magnífica labor interpretativa. El Derecho administrativo, denunciaba en 1967, no tenía ya que acudir al Derecho civil para construir sus categorías jurídicas como habían testimoniado Mayer en Alemania o Hauriou en Francia y como durante muchos años el legislador español hizo para enfrentarse con la incipiente responsabilidad de la Administración.

La responsabilidad patrimonial de la Administración ha de construirse desde el propio Derecho administrativo, como *ius commune*. La responsabilidad extracontractual, como sucede con el contrato, es un supraconcepto que engloba la derivada de actos entre particulares y la que se deriva de actuaciones del Estado, de la Administración, que han de dirigirse al bien común, a los intereses generales que la Administración pública ha de servir.

El carácter objetivo de la responsabilidad basado en el daño conduce con facilidad a una reparación omnicomprendensiva o universal de los daños. En concreto, hay que plantear si en un Estado social y democrático de Derecho la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública ha de hacer frente a la posible reparación de todos los daños que no se refieran a las lesiones queridas directamente por la Administración, de lo que se excluirían las justificadas en el interés público o social en virtud de expropiación forzosa.

Porque en este asunto, que sigue siendo controvertido, incide la evolución del Estado y de su relación con la sociedad, el progreso tecnológico, el incremento del riesgo y la sensibilidad social, la política legislativa y la dogmática jurídica. El caso español es paradigmático.

## **2. El Derecho español**

La ley de Expropiación forzosa de 16 de diciembre de 1954, todavía vigente, constituye el turning point de la concepción de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Se reconoce una responsabilidad directa. Atrás queda la insuficiencia e inadecuación del Código civil: responsabilidad sí del Estado cuando obraba por mediación de un “indefinido” agente especial y no cuando el daño hubiere sido causado, mediando culpa o negligencia, por un funcionario, por regla general insolvente. Todo lo más se reconocía responsabilidad subsidiaria (ley 5 abril 1904; Constitución 1931, ley municipal 1931) llegándose admitir responsabilidad directa en el ámbito local cuando no haya culpa o negligencia, (ley de 1955).

La introducción en la LEF se hace de un modo forzado, con calzador, como reconoce la Exposición de Motivos y se encargaría de recordarlo su “padre”, el prestigioso profesor García de Enterría. El artículo 121 establece que dará lugar a indemnización “toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta ley se refiere, siempre que aquélla se consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables, en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo”. El artículo 122,1 dispone “en todo caso el daño habrá de ser efectivo, evaluado económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

La LEF se aplica a toda la Administración, pero en cambio se restringe a las lesiones que se sufran en los bienes o derechos susceptibles de expropiación, es decir, de carácter patrimonial. Esta limitación intentó ser salvada por el Reglamento de Expropiación Forzosa de 26 de abril de 1957 que, en su artículo 133, habla simplemente de “toda lesión que los particulares sufran en sus bienes o derechos”.

Esta responsabilidad se distingue de la expropiación forzosa ya que los artículos señalados están incluidos en un capítulo bajo la rúbrica “indemnización por otros daños” que, a su vez, forma parte de un título distinto de los que se refieren al procedimiento general y a los especiales de Expropiación Forzosa. En ese sentido podría decirse que en la expropiación el daño es querido directamente por la Administración y, por eso, la indemnización o justo precio es un supuesto previo para su realización. Por el contrario, la responsabilidad surge no como consecuencia directamente querida, sino como consecuencia incidental, residual de una actuación: la exposición de motivos de la Ley habla de “una inevitable secuela accidental de

daños residuales y una constante creación de riesgos” que lleva consigo la actividad administrativa.

La inclusión de estos artículos relativos a la responsabilidad por daños causados por la Administración se justifica en la exposición de motivos de la Ley por dos órdenes de consideraciones. En primer lugar se trata de aprovechar la oportunidad para “poner remedio a una de las más graves deficiencias de nuestro régimen jurídico-administrativo” dado que “los límites técnicos dentro de los cuales se desenvuelve entre nosotros la responsabilidad por daños de la Administración, resultan hoy tan angostos, por no decir prohibitivos”. En consecuencia, “se ha estimado que es esta una ocasión ideal para abrir, al menos, una brecha en la rígida base legal que, perjudicando el interés general, no puede proteger intereses de la Administración insolidarios con aquél”.

En segundo lugar, la justificación es doctrinal y estriba en llevar “a sus lógicas consecuencias” el principio en que se basa la expropiación forzosa según la ley, que es considerarla “el estatuto legal básico de todas las formas de acción administrativa que impliquen una lesión individualizada de los contenidos económicos del derecho del particular por razones de interés general”. La afirmación de ese principio y su extensión a la responsabilidad de la Administración ponen de manifiesto una cierta unidad básica ya que “cabe apreciar siempre el mismo fenómeno de lesión de un interés patrimonial privado” que “no es justo que sea soportada a sus solas expensas por el titular del bien jurídico dañado”, sea esto consecuencia de una actuación directamente querida (expropiación) o de una consecuencia de la actividad de la Administración (responsabilidad).

El artículo 121 de la LEF establece que dará lugar a indemnización “toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta ley se refiere, siempre que aquélla sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables, en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo”. El artículo 122,1 dispone “en todo caso el daño habrá de ser efectivo, evaluado económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

La LEF se aplica a toda la Administración, pero en cambio se restringe a las lesiones que se sufran en los bienes o derechos susceptibles de expropiación, es decir, de carácter patrimonial. Esta limitación intentó ser salvada por el Reglamento de Expropiación Forzosa de 26 de abril de 1957 que, en su artículo 133, habla simplemente de “toda lesión que los particulares sufran en sus bienes o derechos”. En razón de su aplicación general la LEF ha derogado los preceptos de la Ley de Régimen Local en relación con el ámbito limitado que acaba de exponerse.

Esta responsabilidad se distingue de la expropiación forzosa ya que los artículos señalados están incluidos en un capítulo bajo la rúbrica “indemnización por otros daños” que, a su vez, forma parte de un título distinto de los que se refieren al procedimiento general y los especiales de Expropiación Forzosa. Haciendo un inciso doctrinal podría decirse que en la expropiación el daño es querido directamente por la Administración y por eso la indemnización o justo precio es un supuesto previo para su realización. Por el contrario, la responsabilidad surge como consecuencia de la lesión ocasionada de un modo incidental, no como consecuencia directamente querida, sino como consecuencia derivada de un hecho jurídico que aparece como daño irreversible y que exige a “posteriori” la indemnización. La lesión se produce como consecuencia incidental, residual de una actuación lícita: la exposición de motivos de la Ley habla de “una inevitable secuela accidental de daños residuales y una constante creación de riesgos” que lleva consigo la actividad administrativa.

La inclusión de estos artículos relativos a la responsabilidad por daños causados por la Administración se justifica en la exposición de motivos de la Ley por dos órdenes de consideraciones. En primer lugar se trata de aprovechar la oportunidad para “poner remedio a una de las más graves deficiencias de nuestro régimen jurídico-administrativo” dado que “los límites técnicos dentro de los cuales se desenvuelve entre nosotros la responsabilidad por daños de la Administración, resultan hoy tan angostos, por no decir prohibitivos”. En consecuencia, “se ha estimado que es esta una ocasión ideal para abrir, al menos, una brecha en la rígida base legal que, perjudicando el interés general, no puede proteger intereses de la Administración insolidarios con aquél”.

En segundo lugar, la justificación es doctrinal y estriba en llevar “a sus lógicas consecuencias” el principio en que se basa la expropiación forzosa según la ley, que es considerarla “el estatuto legal básico de todas las formas de acción administrativa que impliquen una lesión individualizada de los contenidos económicos del derecho del particular por razones de interés general”. La afirmación de ese principio y su extensión a la responsabilidad de la Administración ponen de manifiesto una cierta unidad básica ya que “cabe apreciar siempre el mismo fenómeno de lesión de un interés patrimonial privado” que “no es justo que sea soportada a sus solas expensas por el titular del bien jurídico dañado”, sea esto consecuencia de una actuación directamente querida (expropiación) o de una consecuencia de la actividad de la Administración (responsabilidad).

Constituyó un gran avance y, como tal, fue generalmente admitido, hasta el punto de que otro profesor, López Rodó, propugnó la generalización de la responsabilidad en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957. En su exposición de motivos se justifica diciendo que “no obstante el gran avance que supuso la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, parece oportuno consignarla en términos generales, a fin de cubrir todos los riesgos que

para los particulares pueda entrañar la actividad del Estado, salvo cuando exista justa causa que obligue a soportar el daño sin indemnización”. No vale la pena consignar los perfeccionamientos concretos que contiene la ley que ya es formalmente pasado.

Lo significativo es que nos poníamos a la cabeza de Europa. Era un triunfo del Estado administrativo, aunque no democrático de Derecho, de aquella época que ningún legislador de la etapa democrática se ha atrevido a modificar, quizá por no parecer menos progresista que el de la era predemocrática, pese al cambio político que se ha producido desde entonces.

En la regulación actual han desaparecido medidas no fiscalizables en vía contenciosa - en la LRJAE se había suprimido la referencia a discrecionales-, un reconocimiento de doctrinas y limitaciones del control judicial entonces dominantes. Por lo demás, todo ha quedado igual en la vigente ley 30/1992 de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo (LRJPAC) en la que se han refundido y puesto al día las del mismo nombre impulsadas por Lopez Rodó. Figura en los artículos 139 a 144.

Para lo que aquí interesa tratar se subraya que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, salvo en los casos de fuerza mayor; son indemnizables las lesiones provenientes de daños que el particular no tenga el deber jurídico de soportar según la ley; la anulación de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a indemnización, aunque obviamente el verbo empleado no la excluye. Y para completar la amplitud de la regulación, por servicios públicos se entiende cualquier actuación de la Administración, como su inactividad, o simples hechos, siempre que se compruebe la existencia de un nexo causal y, por supuesto, son indemnizables los daños morales.

Para completar la referencia normativa no deja de ser significativo que la Constitución de 1978, en su artículo 106,2 se refiera solo al funcionamiento de los servicios públicos, sin distinguir entre normal y anormal. Pero esa diferencia ha persistido en la ley a la que hace referencia el artículo constitucional.

### **3. El carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración: aplicación jurisprudencial y crítica**

Esa magnánima regulación ha sido aplicada por los Tribunales aceptando acriticamente el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Los recursos fueron escasos y moderados hasta los años 80 y desde entonces se han incrementado exponencialmente (Martín Rebollo), hasta tal punto que en 1999 el legislador, alarmado por el monto de las indemnizaciones en materia de sanidad pública, tuvo que introducir un añadido al artículo 141, estableciendo que no serían indemnizables los daños derivables de hechos o circunstancias que no se hubiesen

podido prever o evitar según el estado de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquellos y todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer en ambos casos.

La doctrina dominante impuso como un dogma el carácter objetivo de la responsabilidad aceptado por casi todos los administrativistas a excepción de Garrido Falla, que apuntó la distinción entre indemnización y responsabilidad. En 1993 se mantenía, al comentar la ley 30/1992 actualmente vigente, que la responsabilidad patrimonial de la Administración es “un dispositivo objetivo de reparación de todos los daños antijurídicos que los particulares sufran a resultas de acciones u omisiones administrativas (Leguina).

La cuestión se centra en la admisión de la responsabilidad por el funcionamiento normal de los servicios públicos. En 1994 un civilista, Pantaleón, agitó las aguas quietadas por la auctoritas de García de Enterría. Comentando una STS de 14 de junio de 1991, en un asunto del ámbito de la sanidad -indemnización por una intervención quirúrgica que había sido, sin embargo, realizada de acuerdo con la ars médica y tuvo una complicación posterior -arremetió contra el supuesto de funcionamiento normal del servicio, llegando a sostener que es “un mecanismo de redistribución perversa de la renta”. Tesis que se subrayará más adelante en sede doctrinal (Oriol Mir) desde el punto de vista de la indemnización: más elevada la del rico que la del pobre.

Levantada la veda, la doctrina ya no es unánime. La lesión como base de la responsabilidad de la Administración ha sido cuestionada. En ella se puso el acento en lugar de la actividad posiblemente causante. Tenía sentido para diferenciarla de la subjetividad de la acción, culpa o negligencia o dolo, en la responsabilidad civil. Es obvio, como vengo insistiendo desde el comienzo de mi actividad docente, que ha de evitarse antropomorfismo al referirse a la Administración Pública. Sigue definiéndose el acto administrativo como declaración de voluntad y similares. Pero los “vicios” del acto administrativo, por utilizar esa alegoría, no son los de la “voluntad” de un sujeto -vis, metus- sino los datos objetivos derivados de la legalidad -competencia, por ejemplo- en definitiva, no ser conformes a Derecho. Es cierto que la actuación de la Administración se lleva a cabo por personas, pero su comportamiento personal no es decisivo para declarar la legalidad o nulidad del acto. Ni siquiera en la desviación de poder.

Es certero, por tanto, no acudir a la subjetividad del comportamiento propio de la responsabilidad civil para explicar la patrimonial de la Administración. Las categorías jurídicas, en el Derecho administrativo han de ser construidas desde él, como *ius commune*, he venido insistiendo. Eso no impide, sino todo lo contrario, descubrir el carácter supra conceptual de muchas categorías jurídicas. También esta aproximación general puede ser útil en el caso de la responsabilidad por daños.

La categoría jurídica de la responsabilidad tiene como elemento esencial un daño que es consecuencia de una actuación, o si se prefiere de un comportamiento, que ocasiona un daño ilegítimo, por no ser conforme al Derecho. Eso mismo sucede en relación con el comportamiento de la Administración a efectos de responsabilidad. La actuación administrativa, equivalente a comportamiento que engloba la inactividad, es controlable por los Tribunales en cuanto a su sometimiento a los fines que la justifican. El cambio sustentado por la doctrina para explicar el, por supuesto plausible paso de la irresponsabilidad o responsabilidad subsidiaria de la Administración a la responsabilidad directa, no justifica, en mi opinión, cambiar el fundamento de la responsabilidad.

Cierto es que si no hay daño, no hay responsabilidad; pero es fundamental conocer si existe una causa que justifique su reparación. Intuitivamente no es difícil admitir, de entrada, que esa causa ha de ser ilegítima para generar responsabilidad. Daños o, si se prefiere, lesiones que puedan ser consecuencia de una causa legítima habrían de encontrar su justificación en una institución diferente de la responsabilidad. Es lo que sucede con la expropiación forzosa; pero no se agota en ella, como habrá ocasión de razonar, en un Estado social de Derecho, distinto al Estado en que se fraguó la doctrina que permanece legalmente por inercia doctrinal y oportunismo político.

La tesis que adelanto es conforme con lo que dice la Constitución, que se refiere solo al funcionamiento de los servicios públicos. El equivalente a la culpa o negligencia de la responsabilidad civil sería el funcionamiento anormal de los servicios públicos. Sólo en ese caso estaría justificada la indemnización del daño causado. La actuación del sujeto causante del daño es relevante para la existencia de responsabilidad. No hay por qué trasladar la base de la responsabilidad desde la actuación al daño. La ilegitimidad de la actuación se manifiesta de distinto modo en el particular y en la Administración, como sucede también en los contratos, sin que se altere lo esencial del “supraconcepto”.

De otra parte, ha de subrayarse que la Constitución no ha impuesto el criterio objetivo en el sentido tradicional que sigue manteniéndose en la ley. El precepto fue aprobado en el proceso constituyente sin reparo alguno. Se conocía perfectamente lo que figuraba en las leyes predemocráticas que con toda conciencia no se reprodujo exactamente en la Constitución. La remisión que hace la Constitución a la ley no se refiere necesariamente a esa legislación. El peso doctrinal, de un lado y un discutible progresismo de otro mantuvieron la alternativa de funcionamiento normal o anormal.

En definitiva, al no querer, con razón insisto, colocar el peso en la culpabilidad o negligencia del actor, lo que se ha hecho es desplazar la clave de la responsabilidad del comportamiento del actor al resultado de él, la lesión. Frente a un carácter subjetivo, ligado al comportamiento ilegítimo, una responsabilidad objetiva, en la que el comportamiento ilegítimo no es concluyente.



A mi entender habría que volver a poner en primer término el comportamiento, es decir el funcionamiento anormal del servicio público por decirlo en términos acuñados en la ley. El funcionamiento anormal, cuya anormalidad, ha de precisarse, cubre los supuestos de auténtica responsabilidad patrimonial de la Administración. La responsabilidad del Estado, deriva también de un comportamiento ilícito cuando la ley vulnera la Constitución (ad exemplum STS de 11 de octubre de 1991) o el Derecho comunitario. Por lo que se refiere a este último la responsabilidad puede provenir tanto de una acción como de una inactividad, así reconocida por el Tribunal Luxemburgo; un caso paradigmático es la no transposición de una Directiva.

El artículo 139,3 de la LRJPAC suscita alguna duda: “Las Administraciones públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos”. De entrada, conforme a lo adelantado y que se reiterará, distingue responsabilidad de expropiación forzosa. Los actos legislativos pueden cubrir actuaciones legítimas, debe ser lo normal y, no obstante el precepto prevé responsabilidad, pero restringida a los términos en ellos especificados. Como mínimo podría sentarse que la regla general de la responsabilidad es el funcionamiento anormal y sólo en casos concretos y explícitos puede derivar de una actividad lícita referida a actos legislativos.

El examen de la jurisprudencia descubre que, de un modo casi instintivo, se busca esa anormalidad del funcionamiento del servicio. En ese sentido se ha hablado de que “se puede reconocer la subjetivización del discurso de los jueces y tribunales que pondría en entredicho la concepción meramente objetiva de la conducta del agente causante de la lesión”(Nettel Barrera). Para no separarse de la literalidad del precepto legal y no desviarse de la escuela (Martín Rebollo) se ofrece un esquema razonador que es, en realidad, lo que frecuentemente hacen los tribunales: ver si existe anormalidad y si no, acudir “in extremis” a la normalidad, en aplicación del criterio objetivo de la responsabilidad que invocan para fundamentar el fallo, en ocasiones, en principio de equidad, con función retributiva del gasto público.

La jurisprudencia revela una notoria variabilidad a la hora de entender, desde la admisión del carácter objetivo de la responsabilidad, cuándo, por ejemplo, es exigible en actos administrativos anulados, al examinar si existe o no el deber jurídico de soportar el daño. Se pasa de la doctrina del “margen de tolerancia”, al de “margen de apreciación”, con una asunción de la tradicional concepción de la potestad discrecional, contra la que me he pronunciado reiteradamente, ya que entiendo que no hay soluciones igualmente justas, no existe indiferencia para la Administración. Así, en STS de 5 de febrero de 1996: “la Administración puede optar entre diversas alternativas, indiferentes jurídicamente”. No deja de tener razón el voto particular al advertir la contradicción de la mayoría del tribunal “cuando afirman el carácter

objetivo de la responsabilidad de la Administración, al tiempo que la exoneran de responder por haber actuado dentro de lo razonable”.

Como se ha dicho en sede doctrinal, contraria a la admisión de responsabilidad en caso de funcionamiento normal de los servicios públicos, “no puede montarse un sistema que quiera ser objetivo en base a criterios aplicativos que sólo pueden ser utilizados arbitrariamente” (Santamaría). Quizá la frase sea excesiva, pero es significativa de cómo un sector se va separando de la doctrina hegemónica. Otras son más contundentes: “un sistema de responsabilidad objetiva global de la Administración (un sistema en que la responsabilidad sea objetiva para todos y cada uno –sin excepción– de los ámbitos de actuación administrativa) como el que recoge el ordenamiento español...resulta inaceptable (Oriol Mir).

Al parecer, la doctrina que siguió la que era dominante y la jurisprudencia no interpretaron bien lo que el autor del artículo 121 de la LEF quiso decir. Según sus propias palabras en 2002 (Prólogo a Oriol Mir) “nunca existió la idea de ... una responsabilidad objetiva y absoluta, capaz de incluir supuestos ilimitados de indemnización”. Se trataba de sostener que la causa de la responsabilidad ha de ser siempre un “perjuicio antijurídico” desplazando la antijuridicidad desde la conducta a la perspectiva del patrimonio del dañado. El daño, en sí mismo, es antijurídico.

Me parece que hay un poco de tautología. La antijuridicidad se explica porque no existe el deber de soportarlo. En qué se basa ese no deber, la juridicidad. Es obvio en el caso de la expropiación. Si no se acude a una actuación antijurídica, en un sentido amplio de la palabra, resulta difícil acertar en la identificación del daño. Justamente la actividad antijurídica, que en la responsabilidad civil se manifiesta por culpa o negligencia, en la Administración se manifiesta por el funcionamiento anormal de los servicios públicos, que constituye la base para reconocer la reparación de un daño.

La tesis que se está criticando es precisamente una de las causas de que los tribunales hayan interpretado “libremente desde criterios de equidad o que (en el caso de los servicios sanitarios, por ejemplo) se han referido a veces a una situación socialmente deseable desde criterios morales o desiderativos de protección social”, que el padre de la doctrina con razón critica. Y lo que es más significativo, termina reconociendo que la formulación legal, seguramente demasiado abstrusa, puede dar lugar como la experiencia ha demostrado, a resultados excesivos”, a que el sistema legal español “ha comenzado a funcionar hace ya algún tiempo de forma poco satisfactoria”. Pero no se cambia la posición que ha inducido a esas equivocaciones. A lo sumo podría proponerse “mantener esa fórmula general, pero adicionándolas con algunas puntualizaciones”. Más bien habría que invertir la regla.

Esos resultados excesivos, que ponen en cuestión la efectividad del sistema y la solidaridad en que a veces se sitúa como fundamento, quizá provengan de pedir a

la categoría más de lo que ella puede dar: no toda indemnización de un daño ha de atribuirse a la responsabilidad patrimonial de la Administración.

De entrada, ha de reconocerse que el sistema español no es el general en la Unión Europea. El artículo 340 del TFUE reconoce, en materia de responsabilidad extracontractual, la obligación de reparar los daños causados por sus instituciones o agentes en el ejercicio de sus funciones “de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros”. Puesto en relación con el artículo 41 de la Carta de derechos humanos representa un mínimo obligatorio para los Estados miembros que han de reconocer ese tipo de responsabilidad, ya que hay diversidad de regulaciones en los Derechos de los Estados miembros, en los que no es unánime la admisión de responsabilidad por actos lícitos.

Aunque el citado artículo se refiere a los daños causados por instituciones o agentes de la UE, el TJCE ha declarado que es de aplicación a los Estados miembros ya que la protección de los ciudadanos “no puede variar en función de la naturaleza nacional o comunitaria de la autoridad que origina el daño” ( STJ de 5 de marzo de 1996, C-46/1993 y C- 48/1993).

La jurisprudencia, cuyo examen minucioso queda fuera del alcance de lo que aquí se trata, se aduce solo como elemento de referencia en apoyo de la tesis expuesta de limitar la responsabilidad al funcionamiento anormal de los servicios públicos.

La STJ de 4 de julio de 2000, C-352/98 P, reproduce lo que es doctrina general en materia de responsabilidad de los Estados miembros por daños causados a los particulares: “el Tribunal de Justicia ha declarado que el Derecho comunitario reconoce un derecho a indemnización cuando se cumplen tres requisitos, a saber, que la norma jurídica violada tenga por objeto conferir derechos a los particulares, que la violación esté suficientemente caracterizada, y, por último, que exista una relación de causalidad directa entre la infracción de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las víctimas”. Esa violación suficientemente caracterizada se reconoció desde muy temprano (caso Zuckerfabrik Schoppenstedt, de 2 de diciembre de 1971). Entiendo que se trata de un ato normativo, una norma, ilícito.

Existe reticencia a admitir la responsabilidad por actos lícitos. En ese sentido, la STJ de 15 de julio de 2000, C-237/98, con cita de otras, dice: “En el supuesto de admitirse en el Derecho comunitario el principio de responsabilidad por un acto lícito, tal responsabilidad requerirá en todo caso la existencia de un perjuicio anormal y específico”. De otra parte, la vulneración de una norma, para que pueda entenderse que genera un daño reparable ha de estar “suficientemente caracterizada” y se identifica con “la inobservancia manifiesta y grave por parte tanto de un Estado miembro como de una Institución comunitaria, de los límites impuestos a su facultad de apreciación” (asuntos C-178/94 y c-190/94).

#### 4. Propuesta de revisión de la categoría

De lo expuesto se desprende que la responsabilidad directa de la Administración es una conquista inamovible. La repetición sobre el personal de la Administración, cualquiera que fuese su éxito, es una cuestión que no afecta a ese avance.

También de lo expuesto se deduce mi opinión a favor de reconducir la responsabilidad patrimonial de la Administración al funcionamiento anormal de los servicios públicos cuando se produce un daño. No se trata solo de intentar delimitar la institución, sino también de hacer más fácil la función de los jueces.

La anormalidad no se identifica necesariamente desde el punto de vista de su ilegalidad. Un acto declarado nulo supone un funcionamiento anormal; pero no todo funcionamiento anormal genera daño. En ese sentido, la jurisprudencia ofrece una casuística aceptable porque, en el fondo, los casos en que se admite la responsabilidad por ser el acto inválido, revelan un patente funcionamiento que excede de lo que es razonable exigir en la producción de actos, sujetos al control judicial: flagrante desatención normativa, demora injustificada, manifiesta ilegalidad teñida de arbitrariedad etc.

La anormalidad se refiere al incumplimiento de los estándares que forman parte del funcionamiento que es razonable prever del funcionamiento de los servicios: falta del servicio, no actuación, retraso etc. Las Cartas de servicios son, en ese sentido, un buen instrumento para fijar estándares y ayudar a resolver los casos litigiosos. A eso responde también la referencia al “estado de los conocimientos de la ciencia y la técnica”, una remisión a estándares que la Administración debe conocer, que en materia sanitaria encuentra una referencia mundial en la OMS y protocolos varios, como acaba de ponerse en cuestión en el caso de una enfermera contagiada de ébola.

Entiendo que son reconducibles al supuesto de funcionamiento anormal de los servicios públicos actuaciones que no son ilícitas en un sentido jurídico, y por tanto en ellas no cabría la posibilidad de responsabilidad solidaria con el agente o funcionario público que la realizó. Es el caso de daños, incluso personales, por actuaciones policiales y en otros casos de emergencia que hayan sido proporcionadas y, sin embargo, hayan causado daños colaterales. En esos casos, existe un riesgo que se asume. La actuación desde el punto de vista jurídico no es ilícita, no ha habido culpa o negligencia en quien la ha desarrollado; pero es evidente que el funcionamiento del servicio ha sido anormal: lo normal es que no se produzcan esos daños colaterales, aunque no se descarte el riesgo de que ocurran.

Es una consecuencia de cómo opera la responsabilidad en el Derecho civil y en el administrativo. Funcionamiento anormal del servicio no significa necesariamente ilicitud como culpabilidad o negligencia. Esa no identificación permite que los agentes

puedan actuar con la eficiencia que requiere el mantenimiento de la seguridad pública y ciudadana. En el caso de una acción desproporcionada resulta también evidente el funcionamiento anormal del servicio y genera responsabilidad de la Administración, sin perjuicio de la acción de repetición contra el agente.

También entiendo que, de acuerdo con lo expuesto, existe un funcionamiento anormal de los servicios públicos cuando las obras realizadas en una vía pública producen daños en edificios colindantes. No existe un ilícito en la actuación, pero el servicio público no ha funcionado normalmente.

La reconducción de la posible responsabilidad al funcionamiento anormal de los servicios públicos, del comportamiento activo e inactividad de la Administración, podría dar la impresión de que daños no producidos por el funcionamiento anormal quedarían fuera de todo resarcimiento. De entrada, ha de recordarse que no todo resarcimiento se reduce al que procede de responsabilidad. No todas las indemnizaciones por daños tienen la misma causa y, por tanto, sus regímenes jurídicos no son iguales. En esa diferencia se encuentra la justificación de las distintas categorías jurídicas.

En España, gran parte del problema proviene del nacimiento del actual régimen de la responsabilidad patrimonial de la Administración en la LEF, que la engloba en el título “otros daños”. Responde a la orientación doctrinal que puso el acento en el daño, con independencia de su causa. Un empeño laudable, pero entiendo que doctrinalmente innecesario. La expropiación forzosa es una institución distinta de la responsabilidad. La exposición de motivos de la LEF y el testimonio de su “padre doctrinal” reconocen que la introducción de la responsabilidad en la citada ley fue un tanto forzada: para aprovechar la oportunidad de que se reconociese en el ordenamiento español la responsabilidad directa de la Administración.

En apoyo de la diferenciación entre expropiación forzosa y responsabilidad, fácilmente aceptada, puede aducirse el diferente sitio que ambas instituciones figuran en la LEF y en la CE. En el artículo 33 de esta, al reconocer como derecho fundamental la propiedad privada -de contenido obviamente económico, al que puede incorporársele un elemento de afección- se dice que “nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las leyes”. La responsabilidad patrimonial de la Administración está en el artículo 103 del título IV Del Gobierno y de la Administración”. Es cierto que en ambos casos existe una lesión en derechos, un daño, pero la causa y los efectos jurídicos no son coincidentes, aunque se hable en ellos de indemnización. El artículo 139,3 de la LRJPAC, anteriormente citado, viene a reconocer la diferencia entre responsabilidad y expropiación forzosa.

Desde esa perspectiva puede sostenerse que en la expropiación forzosa el daño ha de ser soportado por el particular, porque se trata de una actuación de la Administración justificada en el interés público o social, sin cuya procura no existe la organización de la convivencia que llamamos Estado. El daño es directamente querido por la Administración; su actuación queda justificada por ese fin. La indemnización es el precio justo de la privación efectuada. En la responsabilidad el daño no es directamente buscado por la actuación de la Administración. Es el resultado de la misma, en el amplio sentido que se ha dado anteriormente al término actuación.

Qué sucede, por tanto, con daños que no son consecuencia de una expropiación forzosa y no proceden de un funcionamiento anormal de los servicios públicos, el ámbito al que se ha defendido debe circunscribirse la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Sin entrar en el análisis de la variada casuística pueden adelantarse las siguientes consideraciones. En primer término ha de reconocerse lo que parece una obviedad: la indemnización no presupone siempre existencia de responsabilidad de la Administración. Es más, en casos no existe actuación de la Administración por muy amplia que fuere la interpretación de aquella. Un ejemplo extremo sería el de las víctimas de terrorismo. Sufren un daño que, obviamente, no tienen el deber de soportar. Es de justicia por parte del Estado reparar el daño. La obligación de reparar no procede del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Resultaría sarcástico admitirlo.

Sin aludir a ese caso extremo, que tiene que ver con situaciones de emergencia, se admite con toda naturalidad que no se reconoce responsabilidad patrimonial en los casos de fuerza mayor. El carácter objetivo de la responsabilidad basado en la existencia del daño parece que naufraga. El fundamento de la reparación es diferente. Se comprueba en el Real Decreto-ley 2/2014 de 21 de febrero, por citar un ejemplo no muy lejano. Se adoptan medidas urgentes para reparar daños causados en los dos primeros meses de 2014 por las tormentas de viento y mar en la fachada atlántica y cantábrica, de lo que puedo dar fe por mi residencia, tanto a personas como a bienes afectados por esas tormentas. La reparación se concreta en ayudas por daños a personas, enseres y viviendas, establecimientos industriales, mercantiles, agrarios, marítimo-pesqueros y de otros servicios. Nada que no haya ocurrido en ocasiones análogas. Incluso las expresiones subrayadas muestran la diferencia con los supuestos de derechos como consecuencia de una responsabilidad patrimonial del Estado.

En otros casos, el reconocimiento posible de la indemnización podría seguir el curso de la expropiación forzosa, aunque el bien dañado no haya sido objeto formal de aquella. Es lo que sucede con el resultado antieconómico de la parte de la propiedad que queda después de la expropiación (art. 23 LEF). Ese mismo tratamiento puede aplicarse a otros casos en el que el posible daño sea consecuencia de una actuación

amparada en el interés público, no formalmente expropiatoria. La definición legal de la expropiación forzosa es lo suficientemente amplia para no tener que acudir a otro fundamento: “cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos” que en este caso sería consecuencia de esa actividad protegida por un interés público concreto.

Desde ese punto de vista puede entenderse la obligación de indemnizar por decisiones del Gobierno que son expresión de “dirigir la política interior y exterior” (artículo 97 de la CE) que, en definitiva, se corresponde con su función de contribuir a definir los intereses generales que la Administración debe servir (artículo 103 de la CE), propios de la alternancia y pluralismo político característicos de un Estado democrático de Derecho.

Cuando se aprobó la LEF y la LRJAE existía la inmunidad de los actos políticos del Gobierno para su revisión por la jurisdicción contencioso administrativa. Por eso se entiende que, como un avance, se incluyera en los supuestos indemnizatorios “la adopción de medidas discrecionales, no fiscalizables en vía contenciosa” según la LEF-García de Enterría o con supresión del término discrecionales en la LRJAE-López Rodó. Tal sintagma ha desaparecido en la regulación actual. Puede ocurrir, y será lo normal, que el acuerdo adoptado por el Gobierno, que tiene legitimidad democrática, sea conforme a la ley y al Derecho. No existiría ninguna anomalía; pero puede generar daños. Entiendo que la indemnización encaja en el instituto expropiatorio.

Sería el caso de la STS de 15-7-1999 relativa a la reclamación por perjuicios causados a un local de negocio a causa de la resolución del Consejo de Ministros de 6 de junio de 1969 por la que se acordó el cierre de los puestos fronterizos y de policía de la Línea de la Concepción, en otras palabras, el de la verja de Gibraltar, un contencioso político histórico, “en el ejercicio de las funciones de dirección de la política exterior que tiene encomendada”. Cualquiera que sea el juicio político que mereciera la medida es obvio que la decisión era conforme, al menos, con el Derecho nacional sin que conste que sobre ella hubiese recaído ninguna decisión de un Tribunal internacional. La sentencia aplica el artículo 40 de la LRJAE de 1957 que recogía la posibilidad antes citada, de recurrir por daños ocasionados por medidas no fiscalizables en vía contenciosa y admite en parte la pretensión del recurrente. Desde la perspectiva que aquí se plantea, se trataría de un supuesto de carácter expropiatorio.

Con vigencia de la Constitución de 1978, ese carácter expropiatorio tiene la ley de Costas de 28 de julio de 1988 en relación con los enclaves de propiedad privada, así declarada en sentencias firmes del Tribunal Supremo, en la Zona marítimo-terrestre, que por determinación constitucional es dominio público (artículo 132,2). Ese carácter ha sido reconocido por la STC 149/1991, que reconoce como justiprecio la transformación de la propiedad en una concesión gratuita por 30 años prorrogables

por otros 30 que, con cambio de gobierno, se ha extendido has los 75 por la ley 2/2013 de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la citada.

La consideración de social del Estado muestra otra posibilidad de hacer frente a daños o perjuicios que se produzcan aun cuando el servicio ha funcionado con normalidad. A ello se refiere la frase final de lo añadido al artículo 141 de la LRJPAC. No serán indemnizables por causa de responsabilidad lo establecido allí en relación con el estado de la ciencia y de la técnica; pero ello “sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para esos casos”. Esta es la vía, sin obligar a los jueces a que realicen por su cuenta una labor humanitaria que, aceptada como regla general, supondría una redistribución injusta como la que suscitó el comentario de la sentencia referida con anterioridad en el ámbito de la sanidad. Daños producidos por accidente al margen del funcionamiento normal del servicio, adverado por el cumplimiento cabal de los protocolos.

Sería un derecho a realizarse por la vía de la Seguridad social, de conformidad con el artículo 41 de la Constitución: “Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes en caso de necesidad”. En ese sentido, que comparto, se ha dicho que la institución de la responsabilidad no es un buen instrumento para canalizar la solidaridad (Oriol Mir), de otra parte habría que añadir esencial; tampoco una buena herramienta redistributiva como se afirmó con anterioridad.

El impresionante desarrollo tecnológico desde que se aprobó en 1954 la LEF, con incremento del riesgo, que no se circunscribe al originado por la naturaleza -la fuerza mayor- plantea nuevas perspectivas para la responsabilidad de la Administración, por su obligación de cumplir con un principio de precaución. En todo caso nos encontraríamos ante nuevos supuestos de funcionamiento anormal de los servicios públicos.

Son los “nuevos riesgos” que pueden ocasionar la vulneración de derechos fundamentales como constata la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Casos conocidos son los daños que han de ser reparados por los ruidos de los aviones en aeropuertos, polución acústica, que no respetan o inciden de un modo negativo en la calidad de la vida privada y en el domicilio de residentes cercanos: Heathrow, STEDH de 21 de febrero de 1990; Barajas, STEDH de 16 de noviembre de 2004. El Estado tiene la obligación de adoptar las medidas necesarias, razonables y adecuadas, para proteger esos derechos de los interesados al respeto de su vida privada y de su domicilio y, en general, a gozar de un medio ambiente sano y protegido, según el Tribunal.

En España se ha reconocido al resolver un recurso de amparo por STC 119/2001, de 24 de mayo, con referencia a “las directrices marcadas por la Organización Mundial



de la Salud sobre la salud, cuyo valor como referencia científica no es preciso resaltar”. La sentencia del TEDH citada sobre el aeropuerto Barajas por la que se declaró que España había vulnerado el artículo 8 de la CEDH fue fundamento para la STS de 13 de octubre de 2008 y el ATS de 14 de enero de 2009, en que se reconoce que la contaminación acústica es “muy superior a la aconsejada por la OMS”, estimándose el recurso interpuesto.

Se han planteado cuestiones en cuanto a la prevención de la salud y la preservación del medioambiente. Hasta qué punto la Administración ha debido adoptar esas medidas o advertencias. Un caso típico es el de la STEDH de 27 de enero de 2009, en la que se enjuicia la pasividad de las autoridades en la información de las consecuencias presentes y futuras del vertido tóxico de cianuro de sodio de una mina de extracción de oro en las proximidades de los domicilios, con repercusión sobre la salud de los habitantes en el caso concreto de accidente ecológico. Los ciudadanos, se constata que han debido vivir en un estado de angustia e incertidumbre acentuados por la pasividad de las autoridades que tenían el deber de suministrar informaciones suficientes y detalladas en cuanto a las consecuencias, pasadas, presentes y futuras del accidente ecológico sobre la salud de aquellos.

El problema se plantea en cuanto a la relación de causalidad: hasta qué punto el vertido ha supuesto la agravación del asma que los reclamantes invocaban. Una cuestión de prueba para la efectividad de la reclamación planteada. En el voto particular se critica la concepción clásica de esa relación, cuando hay que operar sobre la incertidumbre, la probabilidad deducida de cálculos estadísticos en conexión con los datos que suministra la ciencia. En todo caso, se pronuncia sobre la inversión de la carga de la prueba; correspondería a la Administración probar que no existe esa relación causal: “el respeto de la vida privada es un valor primordial, cuya defensa, por el juez europeo, no estaría limitada por la ausencia de una certidumbre absoluta, sobre todo en el contexto de las enfermedades modernas”. Una cuestión ciertamente discutible que evidenciaría, sin embargo, las nuevas dimensiones de la responsabilidad de la Administración.

Otra modalidad nueva es la asunción de un riesgo por la Administración que no crea, pero cuya existencia puede producirse por actividades privadas que ella misma estimula. Hasta qué punto podría sostenerse que es una cuestión de responsabilidad patrimonial, tal como se ha construido tradicionalmente. No hay funcionamiento normal ni anormal de los servicios públicos. Se encajaría más bien en una política económica de fomento que no vulnere la prohibición de ayudas públicas en el Derecho de la UE.

Es lo que ocurre con la cobertura de los riesgos que puedan acaecer a las empresas en un mundo global y altamente competitivo. A ello se refiere la ley 8/2014 de 22 de abril sobre cobertura por cuenta del Estado de los riesgos de internacionalización

de la economía española. Esa cobertura de riesgos constituye un servicio de interés económico general como instrumento del sistema español de apoyo financiero oficial a las empresas españolas. Los riesgos podrán ser de variado carácter (comercial, político...) y la cobertura es gestionada por cuenta del Estado por medio de un Agente Gestor. Actividad de servicio público con fines de fomento; nada que ver con la responsabilidad patrimonial de la Administración.

## **5. Reflexión conclusiva**

El quehacer científico ha desempeñado y seguirá desempeñando un rol importante en la construcción de los ordenamientos jurídicos que garanticen derechos de los ciudadanos, los haga más efectivos y permita una mejor satisfacción de los intereses generales en cada momento. Se trata de una actividad, abierta al diálogo, sin dar la espalda a la evolución de la sociedad, que quizá de un modo pretencioso se acostumbra a llamar doctrina o dogmática. Una actividad libre, sin sujeciones especiales, expuesta a la rectificación y a la revisión, sin erigir en inmutable lo que pudo ser oportuno en un momento.

Las categorías e instituciones son necesarias para una cabal explicación de lo que se quiere en función del bien común y la dignidad y el bienestar de los ciudadanos. Son una muestra o un intento de servirlos. No deberían extenderse más allá de lo que las justifican. No se trata de desnaturalizarlas para dar respuesta a hechos nuevos que deban encontrar una solución de justicia, que da razón de ser al Derecho. Es posible que la construcción de la responsabilidad patrimonial o extracontractual de la Administración haya de ser contemplada desde las exigencias y requerimientos del Estado social y democrático de Derecho. Es lo que he pretendido con las reflexiones expuestas.

## 6. Bibliografía Seleccionada

La bibliografía española sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración es numerosa. Aquí se seleccionan algunos trabajos, con exclusión de los Tratados y Cursos generales de Derecho administrativo.

E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956; Prólogo a O. Mir Puigpelat, *La responsabilidad patrimonial de la Administración*. 2002 Fernando GARRIDO FALLA, “Panorama General de la responsabilidad civil de la Administración Pública” en *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*, Coord. J. L. Martínez López Muñiz y A. Calonge, Marcial Pons, Madrid, 1999.

Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004 Jesús LEGUINA VILLA, en *La nueva ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo común*, Tecnos, Madrid, 1993

Luis MARTÍN REBOLLO, “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones”, *RAP*, 150, 1999.

Oriol MIR PUIGPELAT *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*. Civitas, Madrid, 2002

Alina de Carmen NETTEL BARRERA, *Obligación de resolver, silencio administrativo y responsabilidad patrimonial por inactividad*. Atelier, Barcelona, 2012.

Fernando PANTALEÓN PRIETO, “Los anteojos del civilista: Hacia una revisión del régimen de responsabilidad de las Administraciones Públicas, *Documentación Administrativa*, 237-238, 1994.

Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, Prólogo, a Francisco Javier de AHUMADA RAMOS, *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, Aranzadi, 2000.



# LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN, EXIGENCIA DEL ESTADO DE DERECHO REPUBLICANO

Marco Aurelio González Maldonado





## La responsabilidad de la Administración, exigencia del Estado de Derecho republicano

Marco Aurelio González Maldonado<sup>1</sup>

**SUMARIO:** 1. Introducción; 2. El principio de buena administración como parámetro para la determinación de responsabilidades; 3. Control judicial de los actos administrativos y responsabilidad del Estado por el dictado de actos administrativos irregulares; 4. La responsabilidad contractual y extracontractual; 5. En torno a la responsabilidad objetiva o subjetiva del Estado; 6. La falta de servicio en el Derecho francés; 7. La responsabilidad del Estado en Paraguay; 8. Verdadero problema: impunidad, falta de repetición de los funcionarios.

### I. Introducción

Hoy día ya no se concibe la irresponsabilidad del Estado por la actividad (lícita o ilícita) de sus agentes cuando se ocasiona un daño al ciudadano. Ha quedado atrás la época en que se consideraba al daño ocasionado por el Estado como el precio a pagar por una convivencia pacífica, donde se lo creía reflejo de actos de soberanía que todo ciudadano se veía compelido a soportar. El Estado de Derecho ha sido conceptualizado y definido, teniendo como eje a la persona humana, sobre la base de la inserción del Estado en el esquema de responsabilidad, dado que es la única manera en que los postulados de ese principio se cumplen a cabalidad: el sometimiento al Derecho por parte de gobernantes y gobernados.<sup>2</sup> Hablar de Derecho es hablar de responsabilidad, ya que aquél existe para asegurar el respeto a las libertades y garantizarlo. En palabras del profesor Mariano BRITO: “La responsabilidad hace al ser de los entes públicos estatales y, con ello, a su razón de ser”.<sup>3</sup>

Bajo ese prisma del Estado de Derecho, la Administración se reserva la potestad de adoptar las medidas gubernativas y restringir los derechos de los ciudadanos, pero a su vez se inscribe en el sistema de responsabilidad por los daños causados;<sup>4</sup>

1 Abogado (2003) y escribano público (2004) en la Universidad Nacional de Asunción. Doctor en Derecho (2012) por la Universidad de Castilla-La Mancha, España. Maestro en Derecho (2007) por la UNAM, México; Máster en Derecho de la Contratación Pública (2010) por la Universidad de Castilla-La Mancha, España; Máster en Democracia y Buen Gobierno (2011) por la Universidad de Salamanca, España; Especialista en Justicia Administrativa (2006) por el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (México); Especialista en Administración Pública y Combate a la Corrupción (2005), así como en Delitos Financieros y Fiscales (2006) por el Instituto Nacional de Ciencias Penales (México). Abogado del Banco Central del Paraguay. Profesor de Derecho Administrativo y Deontología Jurídica en la Facultad de Derecho, así como de la materia Regímenes Políticos y Sistemas de Gobierno en la Escuela de Ciencias Sociales, ambas facultades de la Universidad Nacional de Asunción. Director del Departamento de Asuntos Judiciales del Banco Central del Paraguay. Miembro de la Federación Iberoamericana de Derecho Administrativo y de la Asociación de Derecho Público del Mercosur.

Jaime Rodríguez-Arana, *Aproximación al Derecho administrativo constitucional*, Editorial Jurídica Venezolana, Venezuela (Caracas), 2007, p. 107 y ss.

2 Celso Antonio Bandeira de Mello, *Curso de Derecho Administrativo*, Porrúa-UNAM, México, 2006, p. 851 y ss.

3 Mariano Brito, “Responsabilidad extracontractual del Estado administrativa, legislativa y jurisdiccional, en *Estudios Jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real*, F.C.U., Uruguay (Montevideo), 1996, p. 130.

4 Esta forma de entender la responsabilidad es destacada por Pablo LARRAÑAGA, *El concepto de Responsabilidad*, Fontamara, México, 2000, p. 194, al decir que “La responsabilidad como sancionabilidad representa el sentido central o primario del término ‘responsabilidad’ en el Derecho. En otras palabras, cuando el término ‘responsabilidad’ se

dado que debe garantizar el *alterum non laedere* y, por tal motivo, ser el primero en respetarlo. Hoy día ya no es posible vislumbrar algún atisbo de irresponsabilidad estatal, simplemente porque ello vulneraría su razón de ser, llevándonos a la inexistencia del Estado republicano.<sup>5</sup>

Ahora, ninguna manifestación del Estado puede darse sino a través de sus funcionarios,<sup>6</sup> por ello no es menos importante vincular el esquema de responsabilidad del Estado con la del funcionario que ha obrado antijurídicamente. De otro modo, el Estado se convertirá en pagador de todos los daños y ello nos sumerge en el mar de las impunidades, respecto del verdadero transgresor. Como dice PERELMAN: “Quien está encargado de tomar en Derecho una decisión, sea legislador, magistrado o funcionario, debe asumir su responsabilidad. Su compromiso personal es inevitable cualesquiera que sean las razones que pueda alegar a favor de su tesis, pues son raras las situaciones en que las buenas razones que militan a favor de una solución, no queden contrabalanceadas por las razones más o menos buenas que militan a favor de una solución diferente. Y es la apreciación del valor de estas razones –que no podemos reducir a cálculo o a medida- lo que puede ser diferente de un individuo a otro y lo que subraya el carácter personal de la decisión tomada”.<sup>7</sup>

El Estado republicano se construye sobre la base de la igualdad ante la ley y ello implica que no existen seres superiores, sobre todo, en el cuidado de la cosa pública, lo que torna necesario hacer responsable a quienes violentan ese estado de igualdad y pretenden erigirse en seres superiores de una colectividad. Esto es lo que ocurre con los funcionarios que se esconden detrás de la complicidad de otros funcionarios y eluden su responsabilidad. En lo que nos toca, nos recuerda PIZARRO: “Hay, sin embargo, algo peor aún en la hora actual, como lo es *la pérdida del espíritu republicano* (...) [ligada a la existencia] de personajes mesiánicos que se sienten por encima del propio Estado, de la Constitución y de todos nosotros. Que no respetan las reglas de juego y que las cambian a su antojo, presentándonos dicho fenómeno como algo natural. Una sociedad dominada por el poder de las encuestas y por el poder de una caja. Sobre todo por esta última. Las consecuencias son graves y muestran no sólo un eclipse de los valores republicanos y de los niveles de vida de la población, sino también un profundo retroceso económico y social. Y una sensación penosa de abatimiento moral en todos los niveles sociales. En esta realidad, en la cual el Estado y sus funcionarios públicos más encumbrados tienen mucho que ver, desde hace varias décadas, proliferan cada vez más los débiles y vulnerables. Frente al Estado y a

---

utiliza en este sentido, realiza su función típica en la que ‘responsabilidad’ no substituye o se sobrepone a otros conceptos normativos. Los otros sentidos de ‘responsabilidad’ constituyen en distintas formas presupuestos de los juicios de ‘responsabilidad’ como sancionabilidad”. Con ello destaca a la responsabilidad como sancionabilidad como concepto central de “responsabilidad”, porque abarca la mayoría de los supuestos en los que aparece la noción de responsabilidad (p. 196).

5 Carlos E. Delpiazzo, *Estudios sobre la Responsabilidad de la Administración*, Universidad de Montevideo, Uruguay, 2009.

6 “...el Estado como entidad jurídica abstracta, constituida y organizada para la satisfacción del bien común, sólo puede actuar por medio de sus funcionarios y dentro del mandato de la ley”. Luis H. DELGADILLO GUTIÉRREZ, *Elementos de Derecho Administrativo*, Limusa Noriega Editores, México, 2000, p. 160.

7 Ch. Perelman, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Op. Cit., p. 16.



la prepotencia de sus funcionarios, frente a las corporaciones, frente a los amigos del poder que lucran a expensa de todos nosotros”.<sup>8</sup>

## **2. El principio de buena administración como parámetro para la determinación de responsabilidades**

Este principio tiende a que las Administraciones públicas desarrollen sus actividades de la mejor manera posible y que, en contrapartida, los ciudadanos reciban un servicio público que dé respuestas a sus expectativas. Resulta difuso e impreciso este principio, en cuanto se pretenda aterrizarlo a una definición única, pues depende de diversas variables, como ahora veremos.

De hecho, no se trata de un principio diferente a los demás que también rigen al funcionamiento de los órganos del Estado, sino de un principio omnicomprendedor de todos ellos que obliga a que las instituciones públicas pongan el máximo sigilo en el desarrollo de la función pública, que los administrados reciban un servicio público de calidad y que se responda ante el ciudadano perjudicado por una mala actuación estatal. Tal es así que CARRILLO DONAIRE señala: “...no se trata de un nuevo ropaje semántico para un problema preexistente, ni de colocar vino nuevo en una vieja cava. Ni una cosa ni la otra. A nuestro juicio, la principal relevancia jurídica de la buena administración es dar un nuevo enfoque a problemas conocidos y a situaciones de derecho consabidas, que se imantan y galvanizan, adquiriendo nuevas potencialidades, en torno a este nuevo paradigma”.<sup>9</sup>

Es más, este principio fue desarrollado por la jurisprudencia europea de una manera no muy precisa, sino referenciada a diversos aspectos que también son tutelados por otros principios; se desarrolla a partir de la idea del respeto a un cierto estándar de comportamiento requerido del Estado en sus relaciones interorgánicas, intraorgánicas y con los ciudadanos administrados, pero no a partir de una configuración unívoca de afectación específica, sino como un principio que se va reformulando con el tiempo y las circunstancias para exigir lo mejor posible en el momento de su aplicación. Esto, a su vez, imbrica aspectos legales, en sus dimensiones formales o procedimentales y sustantivas, que afectan la esfera de varios otros principios jurídicos en la lucha por alcanzar una Administración autoexigente y celosa de las finalidades públicas.

“Al depurar las distintas facetas de la buena administración, la jurisprudencia comunitaria ha destilado principios y garantías que dejaba entrever la legalidad comunitaria, tanto en un plano formal o procedimental como sustantivo. En relación a las garantías procedimentales, el Tribunal ha extendido la protección del estatus defensivo de los ciudadanos a cualquier procedimiento que pueda perjudicarle o del que pudieran derivarse decisiones o actos desfavorables para el interesado. En

<sup>8</sup> Ramón Daniel Pizarro, *Responsabilidad del Estado y del funcionario*, Astrea, Argentina (buenos Aires), 2013, p. 577.

<sup>9</sup> Juan Antonio CARRILLO DONAIRE, “Buena administración, ¿un principio, un mandato o un derecho subjetivo?”, pp. 1137-1165, en Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *Los principios jurídicos del Derecho administrativo*, Op. Cit., p. 1138.

el orden defensivo, la garantía central para la jurisprudencia comunitaria ha sido el derecho de audiencia, que según el propio Tribunal ha de comprender la posibilidad de disponer de la información y el tiempo suficiente para que cada cual fundamente su criterio. La motivación sería otro de los aspectos formales que garantizan la ecuanimidad y razonabilidad de las decisiones administrativas, aparte de constituir un elemento esencial de su control jurídico. En el plano sustantivo, la jurisprudencia comunitaria ha ligado el principio de buena administración a las actuaciones en las que se garantiza la igualdad de trato y la no discriminación, así como a los principios de transparencia y acceso a la información, que serían presupuestos necesarios de la buena administración; mientras que su ausencia, desde una perspectiva negativa, revelaría un supuesto de ‘mala’ administración”.<sup>10</sup>

De esta manera, el principio o derecho a la buena administración se configura de manera genérica e indefinida, para que pueda ser un instrumento para concretar otros subprincipios o subderechos correlacionados que se corresponden con el cumplimiento de los deberes legales por parte de la Administración y los funcionarios estatales, con la garantía de una correcta prestación de los servicios públicos y de una reparación de los daños ocasionados por una mala administración, así como de la asunción de responsabilidades por parte de quienes infringieron sus mandatos legales con el no cumplimiento de los estándares exigidos.

Este carácter poco preciso del derecho a la buena administración, si bien presenta problemas de concreción a la hora de circunscribirlo a un supuesto, también tiene sus ventajas: “En primer lugar, la maleabilidad de sus contornos puede llegar a ser una virtud, tratándose de un ‘derecho’ esencialmente apegado al modo de comportamiento de la organización administrativa que, como toda organización, es por definición evolutiva y cambiante. En segundo lugar, tampoco puede negarse que su reconocimiento autónomo hace más visibles los derechos o ‘subderechos’ que comprende, proporcionándoles una base ideológica que apuesta por un modo de hacer las cosas en el que no solo importa el principio de legalidad, al imponer desde el centro mismo de la organización administrativa un deber de conducta acorde con un estándar de calidad predefinido. Y en tercer y último lugar, si bien es cierto que esta condición de sujeto obligado de la Administración no tiene el correlato de un derecho subjetivo distinto a los que, como facetas de un mismo prisma, componen el propio concepto de ‘buena administración’, tampoco es verdad que las garantías jurídicas de la buena administración sean únicamente las garantías jurisdiccionales que corresponden –en cada caso– a los derechos o ‘subderechos’ en que aquélla se descompone (con lo que podría acabarse por asociar el ‘derecho’ a una buena administración a una retórica grandilocuente y hueca). En el caso del derecho a una buena administración no debemos pensar exclusivamente en garantías ‘jurisdiccionales’ de control ordinario de la legalidad, que son las primeras que se vienen a la mente del jurista. La dimensión reivindicativa de la buena administración no tiene aquí su expresión más incisiva, ni siquiera la más

---

10 *ibidem*, p. 1141.

importante. No hay que olvidar que hay otras garantías, nada desdeñables, en la labor de denuncia y reconducción de la acción administrativa que tienen los *ombudsmen* (el Europeo y el de las Administraciones internas de los Estados) o los organismos y Agencias administrativas de control y evaluación de las políticas públicas. Y también hay que recordar que, más allá de los supuestos de ilegalidad por incumplimiento de los deberes que abarca el derecho a la buena administración, la funcionalidad del principio en el ámbito del Derecho comunitario europeo es la responsabilidad extracontractual a la que puede dar lugar la ‘mala administración’...”<sup>11</sup>

Al estar vigente el principio de buena administración, queda exigir un actuar correcto del Estado y un afianzamiento para reparar los daños causados cuando aquélla no existió.<sup>12</sup>

### **3. Control judicial de los actos administrativos y responsabilidad del Estado por el dictado de actos administrativos irregulares**

La revisión judicial es una garantía para el administrado cuando se sostiene que la Administración Pública actúa como juez y parte en los procedimientos administrativos; aun cuando a aquélla solo le quepa manejarse con criterios objetivos y de legalidad. Es garantía porque a los particulares se les permite recurrir las decisiones administrativas ante una esfera jurisdiccional,<sup>13</sup> donde existen magistrados encargados de velar por los derechos y garantías individuales consagrados en la Constitución y las leyes; dotados de independencia con respecto a la Administración; y facultados a resolver, en última instancia, toda controversia de Derecho. Se propugna así que el poder jurisdiccional resuelva las inconformidades de los particulares con los actos dictados en sus perjuicios, cuando así lo consideren éstos últimos.

Al ser el Poder Judicial el custodio de la Constitución y al estar a su cargo la administración de justicia, el principio de control judicial de los actos administrativos encuentra su fundamento constitucional en el artículo 16 de la Constitución Nacional paraguaya. Además de ello, la dispar situación del Estado con respecto a los particulares exige una revisión por parte de algún órgano imparcial que los ubique (tanto a la administración pública como a los particulares) en un mismo plano de igualdad para juzgarlos, precisamente, conforme a parámetros igualitarios.<sup>14</sup>

<sup>11</sup> *Ibidem*, pp. 1162-1163.

<sup>12</sup> Juan Alfonso Santamaría Pastor, *Principios de Derecho Administrativo*, tomo I, Iustel, España (Madrid), 2005, p. 86 y ss.

<sup>13</sup> En el caso paraguayo, donde el Tribunal de Cuentas (órgano encargado de juzgar las acciones que recurren las Resoluciones administrativas) se halla inmerso en la estructura del Poder Judicial. En México, en cambio, la instancia de revisión de los actos administrativos, el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, depende del Poder Ejecutivo, aunque con cierta autonomía. Pero, en último caso, las decisiones de dicho Tribunal son recurribles al Poder Judicial, vía Amparo. Es notable, pero, ambos sistemas de juzgamiento a los actos de la Administración Pública (tanto el paraguayo como el mexicano) fundamentan su estructura en la “división de poderes”; dándoles una connotación diferente en ambos países. Ello nos lleva a confirmar que los valores atribuibles a los principios dependerán de la sociedad, del tiempo y del espacio donde deban ser interpretados.

<sup>14</sup> “No es la Administración respecto de esta pieza capital del sistema jurídico que es la Justicia –en el sentido procesal de la expresión– un sujeto cualquiera; su posición discrepa esencialmente de la propia de los demás sujetos. Aquí está el

Especial importancia adquiere este principio por cuanto permite controlar y reparar en sede judicial todo exceso en el uso de facultades discrecionales, de aquéllos actos que pueden ser catalogados como arbitrarios; esto es, contrario al Derecho. A través de este control se puede combatir la sinrazón de las actuaciones de los funcionarios estatales. Toda decisión pública debe ser fruto del juicio y estar explicada con razones suficientes que la sustenten. Una decisión carente de explicación, sin motivos, es una expresión de la arbitrariedad de la Administración y debe ser dejada sin efecto.<sup>15</sup> Al darse esta falta de fundamento, la garantía del control judicial se hace patente para corregir este tipo de decisiones y responsabilizar a quien actuó irregularmente.

Es decir, la revisión judicial de los actos administrativos no solo tiende a dotar de las máximas garantías de imparcialidad, sino también está orientado a determinar las responsabilidades que surgen de una mala actuación de los órganos administrativos y a asegurar que los daños ocasionados sean reparados. Lo mismo se exige cuando existen personas que han sufrido un perjuicio desigual al resto de los ciudadanos, sin que esté obligado a ello, aun cuando el mismo haya devenido de una actuación regular de la Administración. Para hacer efectivo esto y garantizar su cumplimiento, cabe concebir al rol del Poder Judicial en su triple dimensión: acceso a la justicia, derecho a una sentencia justa y ejecutividad de esa sentencia. Si alguno de estos elementos no puede concretarse, el ciudadano es colocado en estado de indefensión para hacer valer sus derechos.

Debe tenerse presente que todos los órganos del Estado se encuentran sometidos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, por virtud del consagrado principio de Estado de Derecho. Para asegurar ese encuadramiento legal por parte de las entidades estatales, resultan indispensables herramientas que exijan de ellas una rendición de cuentas y, ante el no cumplimiento de los parámetros legales, la imposición de “medidas aflictivas que produzcan un efecto disuasorio, tales como la obligación de reparar los daños ilícitamente ocasionados. La responsabilidad previene ilegalidades. Es un correlato del principio de legalidad. Constituye una garantía, una exigencia de éste”.<sup>16</sup>

Por ende, cualquier atisbo que tienda a restringir los derechos de los ciudadanos o a obstaculizarlos va en detrimento de un sistema sano de igualdad y responsabilidad.<sup>17</sup>

---

núcleo más importante de sus privilegios, el punto también donde históricamente más costó anudar un sistema coherente para la juridificación definitiva de su actuación”. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, 4ª ed., tercera reimpresión, Civitas, España (Madrid), 1987, p. 455.

15 Eva DESDENTADO DAROCA, “El principio de interdicción de la arbitrariedad”, pp. 177-201, en Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR (Director), *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, Op. Cit., pp. 182-183.

16 Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, “El principio de responsabilidad patrimonial de los poderes públicos”, pp. 663-701, en Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR (Director), *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, Op. Cit., p. 681.

17 Como nos lo recuerda Ramón Daniel Pizarro, *Responsabilidad del Estado y del funcionario*, Op. Cit., pp. 578-579: “Sin embargo, la debilidad y la vulnerabilidad no son adjudicables solamente a esos grupos sociales desfavorecidos. También personas más afortunadas, plenas, integradas al sistema, sanas, con trabajo y educación, sin penurias económicas, pueden ser débiles y desprotegidas frente a la acción y omisión de sectores más poderosos, que se valen de ese poder para obtener del sistema fortalezas y privilegios que en un estado de derecho no deberían tener.

#### 4. La responsabilidad contractual y extracontractual

La responsabilidad **contractual** surge cuando se ha incumplido un deber asumido de antemano, lo que equivale a decir que se ha vulnerado una obligación concreta con respecto a otra persona, en una relación previamente definida. La responsabilidad en este campo, si bien tiene sus matices, no es controvertida y es asumida plenamente (o debiera serlo) por el Estado. Un punto importante, en torno a este tema, constituye la necesidad de armonizar (o complementar) las reglas del Derecho público con las del Derecho privado; dado que, junto con la existencia de un régimen jurídico diferenciado (con la existencia de prerrogativas de la Administración), debe garantizarse la reparación de los daños que se ocasione al particular sin que haya concurrido alguna culpa de éste, en el desenlace de la relación.

Lo que sí es controvertido en nuestros tribunales es el alcance de la relación contractual, pues existen fallos jurisdiccionales contradictorios sobre el particular en cuanto a si determinadas actuaciones de los funcionarios estatales devienen o no de su relación contractual. Así, hay quienes sostienen (Cfr. A.I. N° 191 de fecha 13 de abril de 2015, Tribunal de Apelación Civil y Comercial de la Capital, Tercera Sala) que la jurisdicción competente para entender el reclamo de responsabilidad devenida del ejercicio de una potestad pública debe tramitarse en el fuero contencioso-administrativo y no en la jurisdicción civil, siempre que el nexo causal sea el desempeño de un cometido devenido del “contrato de función pública”. Esto puede ser peligroso para la defensa de los derechos de la parte más vulnerada (el administrado), pues los contornos jurisdiccionales no están bien delimitados y se estaría desnaturalizando el ámbito de la responsabilidad civil, diferente de la administrativa pero entrelazada en ámbitos comunes. Estos ámbitos comunes deben ser regulados de manera precisa para evitar el desconcierto y esto solo puede determinarse regulando el asunto. Es la materia pendiente de nuestra legislación y de unificación jurisprudencial, sobre todo porque incide en la seguridad jurídica y en la identificación del mecanismo para asegurar al Estado la repetición de lo pagado por una actuación irregular de su(s) funcionario(s).

Esto es importante también porque, si bien es cierto que la responsabilidad subsidiaria del Estado (prevista en nuestra Constitución) solo puede predicarse respecto de la actuación irregular de sus funcionarios, lo que supone una responsabilidad extracontractual por quebrantamiento de una norma jurídica y no de un contrato, desde el momento en que toda actuación debe sostenerse indefectiblemente de un vínculo “contractual” con la Administración para ejercer una función determinada.

---

Lo llamativo es que, para justificar estas situaciones de privilegio, se recurre muchas veces a la Constitución nacional, invocando—en lo que a nosotros nos interesa—, pretendidos emplazamientos preferentes que justificarían el apartamiento de los parámetros ordinarios que rigen la reparación del daño. He aquí otra manera, mucho más sutil y perversa, de quebrar la garantía de igualdad.

En tales supuestos, la situación de debilidad o de vulnerabilidad no se configura *in re pisa*, sino que se desprende por vía de consecuencia, al otorgarse al dañador un plano de injustificado privilegio constitucional a la hora de dañar. Muchas de estas construcciones han sido cálidamente acunadas por prestigiosos operadores, que tienen intereses de distinta índole ligados a esos grupos que procuran privilegios”.

La indeterminación de esta conceptualización y la falta de límites claros puede llegar a desnaturalizar la responsabilidad civil, pues con este motivo se puede construir una excusa para escapar de su jurisdicción.

En cambio, la responsabilidad **extracontractual** deviene como consecuencia del deber de respetar los derechos y bienes de toda persona, sin que exista una obligación contractual previa. Este tipo de responsabilidad del Estado puede darse por la actuación lícita o ilícita de los funcionarios. Esta responsabilidad es debida cuando una persona soporta un perjuicio que no debió sufrir, independientemente de que se deba a una actuación regular o irregular de los organismos del Estado. Es el corolario del principio de igualdad, que proclama un mismo trato para todos.<sup>18</sup> Si bien todos renunciamos a cierta esfera de nuestra libertad (pago de tributos, respeto a las libertades de los demás y reglas estatales, etc.), cuando se sufre un daño que no es compartido por los demás ciudadanos, esa igualdad se rompe y el Estado se ve constreñido a repararla, por aplicación de ese principio cardinal del Derecho (el de igualdad) y porque la reparación del daño es la esencia de su inscripción en el Estado de Derecho, conforme fuera explicado. Por ende, este tipo de responsabilidad es exigida de la Administración cuando ella produce un daño a alguien que no debió soportarlo o que no estaba obligado a hacerlo.

La responsabilidad **extracontractual** del Estado puede ser directa o indirecta.<sup>19</sup> Es **directa** cuando la actividad estatal fue regular, es decir, cuando el funcionario público interviniente ha obrado dentro del marco legal, no obstante lo cual se ha producido un daño inmerecido a un tercero. Es el ámbito donde más fuerza adquiere el rol garantizador del Estado para asegurar a los ciudadanos el respeto que se merecen y para no causarles un perjuicio inmerecido. Este tipo de responsabilidad también se da cuando ocurren hechos accidentales por el riesgo propio que conlleva el ejercicio del poder, sin que medie culpa de los funcionarios, pero donde el Estado debe hacerse cargo para reparar daños injustos, siempre y cuando exista entidad y relevancia suficientes en la relación de causalidad entre la actividad administrativa y el daño producido, así como la injusticia de soportar ese perjuicio por parte del administrado.

La responsabilidad **extracontractual indirecta** del Estado se da cuando la Administración asume el costo de una actuación irregular o ilícita de su funcionario y es la manera de asegurar al administrado que sea resarcido del daño que le ha

<sup>18</sup> Eduardo García de Enterría, *Democracia, ley e inmunidades del Poder*, segunda edición, Civitas, España (Madrid), 2011, p. 112 y ss.

<sup>19</sup> “El primer caso de responsabilidad de la Administración es la emergente de actos antijurídicos (delitos y cuasidelitos) de sus agentes. Se la llama responsabilidad indirecta en razón de que la Administración la asume por actos de sus agentes y no por actos propios. El segundo es el de la responsabilidad por actos jurídicos regulares (legislativos, administrativos y judiciales), responsabilidad directa, puesto que son actos propios que le son jurídicamente imputados. El tercero, responsabilidad por hechos accidentales acaecidos dentro de la Administración, responsabilidad por riesgo, ya que ocurren sin culpa de los agentes y tampoco son actos propios de la administración”. Salvador Villagra Maffiodo, *Principios de Derecho Administrativo*, El Foro, Paraguay (Asunción), 1981, p. 299.

producido aquella intervención anómala.<sup>20</sup>

Esta responsabilidad estatal no deja de ser importante y trascendental en el ámbito del Derecho público, porque otorga seguridad jurídica a un país y permite el desenvolvimiento y afianzamiento de la libertad y la justicia. Debido a las amplias potestades y poderes con que cuentan los organismos del Estado (poder de imperio), el actuar en el ejercicio de sus funciones debe ser eficaz y bien dirigido (en vista a los fines públicos), pero, si se causa daño en dicho menester, sobre todo por un obrar incorrecto (o lo haga tarde), debe pagar (hacerse responsable) por su inactividad o mala actuación; habida cuenta que el accionar debe ser encauzado de tal modo a satisfacer las necesidades de los ciudadanos.<sup>21</sup>

Ello, asimismo, coadyuva en la tarea de generar confianza de los ciudadanos con sus gobernantes e instituciones.<sup>22</sup>

20 “El fundamento de la responsabilidad stricto sensu reside, tanto en el Derecho Público como en el Privado, en el deber general de obediencia a la ley y observancia de lo que ella dispone, consistente, en definitiva, en no dañar a los demás o *alterum non laedere*, de la compendiosa fórmula de Ulpiano; por lo que el Estado, que es quien ha sentado dicho principio, ha de ser, también y sin duda, el primero en respetarlo”. Félix A. TRIGO REPRESAS y Marcelo J. LÓPEZ MESA, *Tratado de la Responsabilidad Civil*, tomo IV, La Ley, Argentina (Buenos Aires), 2004, p. 112.

21 Cfr: María Mercedes BOUNGERMINI, “El actuar dañoso del Estado y las formas de responsabilidad civil”, pp. 35 a 47 en Marcelino GAUTO BEJARANO (Director), *Derecho paraguayo de daños*, Intercontinental, Paraguay (Asunción), 2011.

22 Una extensa justificación de la responsabilidad patrimonial del Estado, puede verse en Álvaro CASTRO ESTRADA, *Nueva Garantía Constitucional. La responsabilidad patrimonial del Estado*, Porrúa, México, 2002: “todos aceptamos que las cargas que conlleva la convivencia social deben repartirse proporcional y equitativamente entre sus integrantes, como exigencia del principio de solidaridad social. Si todos nos beneficiamos con los servicios del Estado, todos también debemos hacer frente a las desigualdades que su actuar genere” (p. 116); “La institución de la responsabilidad patrimonial del Estado amplía la tutela legal de los individuos y favorece la confianza en las autoridades, además de cumplir con el postulado primario de un Estado democrático, en el sentido de ser un gobierno del pueblo para el pueblo, además de conducirlo al bien común” (p. 117); “Por otra parte, en un sistema económico de mercado, resulta imposible admitir el hecho de que uno de sus agentes más característicos, y además el que cuantitativamente utiliza normalmente en su seno el mayor porcentaje del producto interno bruto, sea precisamente un agente irresponsable, a quien los Tribunales no puedan imponer el respeto a sus compromisos y la obligación de reparar los daños que, inevitablemente, su actuación produce. La modernización de una economía impone, pues, igualmente además de los principios del Estado de Derecho, la acogida resuelta de la institución de que se trata” (p. 120); “**No se pretende generar una cultura del reclamo sino fomentar una cultura de la responsabilidad.** No se piense tampoco que la acreditación de la responsabilidad patrimonial del Estado es excesivamente fácil, ya que la debida reglamentación de la institución supone medios de prueba causal, legal y técnicamente rigurosos. Lo que sí se pretende es recuperar, en alguna medida, la confianza de los gobernados en el Estado, a través de la utilización de una de las vías probadas que la técnica jurídica ofrece para hacer valer y promover el sentido de responsabilidad entre los servidores públicos y de la propia Administración: la responsabilidad patrimonial del Estado” (p. 121); “... dicha institución tiene, entre sus principales objetivos, el de mejorar progresivamente la calidad de la prestación de los servicios públicos, ya que bajo este régimen se transparentarían las irregularidades, ilicitudes y deficiencias de la Administración Pública” (p. 122); “Por último, debe recordarse que la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado es complementaria de la responsabilidad administrativa de los servidores públicos. Y que un régimen de responsabilidad patrimonial del Estado, de carácter directa y objetiva, no exonera *per se* a los servidores públicos que, mediando falta grave, hayan ocasionado los daños y perjuicios que corresponde indemnizar al Estado en forma directa. Esto significa que, si de la sustanciación del procedimiento disciplinario que prevé la ley de la materia para los servidores públicos se concluye que efectivamente hubo tal responsabilidad de los servidores públicos por falta grave, el Estado podrá repetir lo pagado (a los particulares reclamantes), de los servidores públicos responsables de las lesiones antijurídicas irrogadas. De otra manera, se fomentaría la irresponsabilidad y la impunidad de los servidores públicos que tienen a su cargo la debida prestación de los distintos servicios públicos de carácter administrativo” (pp. 123 y 124); “De esta suerte, el poder público, que radica esencialmente en el pueblo, es confiado a la autoridad para que dirija los esfuerzos hacia metas de propósito común, siempre de acuerdo a la voluntad y en beneficio y seguridad de sus gobernados, quedando en sus manos el deber de no defraudar la confianza de sus súbditos; de ahí que el ciudadano tenga derecho a pedirle al Estado lo que el Estado tiene

De este modo, la responsabilidad **extracontractual** del Estado puede darse por actuaciones lícitas o ilícitas de sus funcionarios. En las **actuaciones lícitas o regulares** de los agentes, se debe acreditar (i) un perjuicio o daño concreto (ii) que ese daño haya sido cometido por un funcionario en ejercicio de sus funciones o se deba a hechos accidentales por el riesgo creado por la actividad estatal o por los bienes estatales<sup>23</sup> (iii) que exista una relación de causalidad entre el perjuicio y la actividad del agente (iv) y que en el perjudicado no exista un deber de soportar ese sacrificio. Una vez acreditados dichos elementos, es importante mencionar que en el análisis para reputar la responsabilidad del Estado no cabe un análisis de culpabilidad (como cabe en el ámbito del Derecho civil, como enseguida se verá), sino un análisis de: (i) la legalidad y regularidad de la actividad administrativa, (ii) la naturaleza de la actividad, (iii) los medios y las alternativas con que contaba el organismo que tomó la decisión o ejecutó aquella actividad, así como (iv) la capacidad de previsibilidad del daño ocasionado. Todo esto implica, en gran medida, el estudio de la razonabilidad propia que es exigida de toda actividad administrativa, teniendo presente los intereses y principios en disputa, así como la justificación que de ello deriva para advertir o no la existencia de un sacrificio especial por parte del administrado. En síntesis, lo que debe determinarse es el cumplimiento normal o anormal del servicio público, en un examen del cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones.

En estos casos, la responsabilidad de la Administración no es refleja, es **directa**, ya que no se le puede hacer responsable a un funcionario que cumplió con su cometido o que no ha vulnerado alguna disposición jurídica con su actuación. Esta responsabilidad es debida por la función tuitiva del Estado.<sup>24</sup>

Otro caso de asunción de responsabilidad directa del Estado se da cuando éste asume las consecuencias o reparaciones debidas por la actuación irregular o ilícita de sus funcionarios, como sería el caso de las indemnizaciones a las víctimas de la dictadura, reconocidas expresamente por el gobierno.<sup>25</sup> Aunque, en este caso, tratándose de una actuación indebida o irregular de los funcionarios, el derecho del Estado a repetir subsiste.

En cambio, en la responsabilidad del Estado **por las actuaciones ilícitas o irregulares** de sus agentes, la responsabilidad es refleja ya que el primer o directo responsable es el funcionario negligente que no cumplió con su cometido o lo hizo de manera defectuosa. Fomentar una irresponsabilidad de ese funcionario va a constituir un hecho de impunidad. La intervención del Estado se vuelve necesaria para asegurar al administrado la reparación del perjuicio sufrido, pero ello no implica desvincularle al funcionario infractor de su obligación de asumir las consecuencias de su actuación.

---

el deber de darle” (p. 129). Las negritas son nuestras.

23 Concordante con lo previsto en los artículos 1846 y 1847 del Código Civil paraguayo, donde se prevén responsabilidades por actividades peligrosas y por el riesgo o vicio de la cosa propiedad o en guarda del Estado.

24 Augusto Durán Martínez, “Relación entre la acción anulatória y la acción reparatoria”, en [www.elderechodigital.com.uy](http://www.elderechodigital.com.uy), fecha de consulta: 10/octubre/2014.

25 En Paraguay esto se dio con la Ley N° 838/96.



Los requisitos para que se configure este tipo de responsabilidad son: (i) que el delito, la falta, la transgresión o la irregularidad haya sido cometido por un funcionario; (ii) que dicha actuación haya sido realizada en el ejercicio de sus funciones; (iii) de manera contraria a la conducta esperada de ese funcionario, en el marco de sus funciones y atribuciones; (iv) que dicha irregularidad haya quedado de manifiesto y sea patente. Esto último es importante y solo puede determinarse por parte de la autoridad jurisdiccional encargada de juzgar la actuación administrativa. Es importante porque es la que va a disparar la responsabilidad directa o indirecta del Estado, requisito indispensable para determinar el primer sujeto obligado (Estado o funcionario) y también para que una institución pública exija la repetición del funcionario cuando por una actividad irregular de este último haya debido indemnizar.

A este respecto cabe significar dos escenarios diferentes. Cuando se trata de una exigencia de responsabilidad estatal en sede civil, lo normal es que el juez determine la condición de la responsabilidad (directa o indirecta), en función de los elementos antes apuntados y con la participación en el proceso del representante estatal y del funcionario cuya responsabilidad directa se pudiera exigir. Ahora, tratándose de la responsabilidad estatal devenida de un juicio en lo contencioso-administrativo, cabe advertir que en el juicio solo son partes el administrado y el representante estatal. El funcionario cuyo acto o actividad se va a juzgar no forma parte del proceso. Sin embargo, suele ocurrir que se decreta la revocación del acto administrativo por reputarlo arbitrario o irregular y se dispone, por ejemplo, la reposición de salarios caídos (lo que implica una indemnización). Aquí, sin lugar a dudas, estamos en presencia de una responsabilidad indirecta del Estado, por tratarse de una actuación irregular del funcionario (el dictado de un acto administrativo arbitrario) y lo que debiera ocurrir es que quien se haga cargo de esa indemnización sea el funcionario y solo subsidiariamente el Estado, en los términos del artículo 106 de la Constitución paraguaya. Pero, lo que ocurre en la práctica es que esa indemnización es exigida directamente a la institución pública en cuyo seno fue dictado el acto administrativo impugnado.

Sobre esto haremos una referencia más adelante, pero vale significar que el análisis para establecer la existencia de una responsabilidad directa o indirecta del Estado es la actuación regular o irregular del funcionario público y cuando ella sea patente (como en el ejemplo, cuando se ha dictado un acto arbitrario), cuando en lo contencioso-administrativo se ha establecido de manera inequívoca esa irregularidad, se deben arbitrar los mecanismos adecuados para exigir la responsabilidad del funcionario o su repetición cuando la institución pública se haga cargo de la indemnización. Para esto, se le debe dar la importancia debida al fundamento de la resolución de lo contencioso-administrativo, donde queda reflejado el carácter del acto o la actividad revocada que ha ocasionado la indemnización.

## 5. En torno a la responsabilidad objetiva o subjetiva del Estado

En el Derecho privado se ha escrito mucho sobre la diferencia entre la responsabilidad objetiva y la subjetiva. En estas líneas no se abundará en ello más que para significar que, si bien esa diferencia constituye un punto de partida en el estudio de la responsabilidad del Estado, no puede ser llevada al ámbito del Derecho administrativo de manera determinante para clasificar la responsabilidad del Estado y sus funcionarios.

En términos sencillos, para la **responsabilidad objetiva** se requiere el acaecimiento de un daño para que opere la obligación de resarcir. Si esto es aplicado al ámbito de la responsabilidad estatal, implica que cualquier daño ocasionado por la actuación u omisión estatal debe ser indemnizado. Esto ha ocurrido a rajatabla en el Derecho español, donde se tienen ejemplos de condenas al Estado por sumas siderales por cualquier daño ocasionado, como los resultantes de las intervenciones médicas con resultado negativo para el paciente, sin tener en cuenta los elementos con que contaban los médicos en función de la complejidad de la situación ni las condicionantes que ofrecía la ciencia médica para esos casos. Por dicha relación de cosas, el carácter de la responsabilidad objetiva, en ese país, se tuvo que atemperar con las condiciones objetivas que rodean a cada caso, en un examen de relevancia y condiciones del daño. Con ello, la objetividad empezó a relativizarse para salvaguardar el dinero público, pero con un análisis de las circunstancias que permita la indemnización ante la existencia de un perjuicio especial. Como vemos, esta especialidad es la que va a determinar la obligación de indemnización, con la suavización (por no decir desnaturalización) del carácter objetivo de la responsabilidad estatal.

Por su parte, la **responsabilidad subjetiva** exige acreditar la culpa o intención del que ocasiona un daño. Si esto llevamos así al ámbito de la responsabilidad estatal y tenemos en cuenta la operatividad de las actuaciones públicas, habrá que determinar la culpabilidad del funcionario público y ello es incompatible con la naturaleza de su actuación. Es incompatible porque, en el análisis de la regularidad o irregularidad de esa actividad, poco o nada importa la intención que tuvo el agente para concretar su actuación dañosa. Tratándose de una actividad pública, conforme con el principio de legalidad que campea en el Derecho administrativo, el único análisis que cabe es el del uso correcto de las atribuciones competenciales y del marco dentro del cual se desarrollaron las funciones, junto con la razonabilidad el ejercicio de esas potestades.

Es decir, tratándose del juzgamiento de una actividad pública, lo que debe indagarse es la existencia de atribuciones y el modo en que ellas fueron ejercidas. Poco o nada importa la intención del agente, como sí importa el fundamento de su actuación. Por ejemplo, si analizamos un acto administrativo concreto (una resolución institucional) que ocasionó un daño (destitución), de nada sirve saber si la autoridad quiso o no perjudicarlo al administrado. Lo que debe analizarse es si el acto administrativo

está fundado en el ámbito competencial de esa autoridad y si el mismo contiene una motivación capaz de explicar el uso racional y ecuaníme de la potestad, con la acreditación del presupuesto de hecho requerido al efecto y la causalidad exigida para toda toma de decisión, a través del procedimiento establecido al efecto. Esta tesis, por ejemplo, ha permanecido invariable en Francia desde 1873 (con el fallo *Blanco* del Consejo de Estado de dicho país), con estas palabras:

*La responsabilidad en que puede incurrir el Estado por los daños causados a los particulares por el hecho de personas que emplea en el servicio público no puede regirse por los principios establecidos en el Código Civil para las relaciones de particular a particular. Esta responsabilidad no es ni general ni absoluta. Tiene sus reglas especiales que varían en función de las necesidades del servicio y de la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados.*

Así, un análisis de regularidad del acto administrativo solo debe recaer en los presupuestos y condiciones de regularidad del mismo, a saber: (i) condición de fondo o atribución normativa, (ii) presupuesto de hecho, (iii) motivación suficiente, (iv) el cumplimiento de las formas debidas y respeto de los derechos del administrado, y (v) la relación de causalidad, junto con el análisis de (v) la finalidad establecida en la norma autorizante. Con estos presupuestos el Derecho administrativo ha ido solidificando una raíz propia en el sistema de responsabilidades, lo que permite una diferenciación clara respecto del esquema utilizado en el Derecho civil.

## **6. La falta de servicio en el Derecho francés**

La teoría de la *falta de servicio* es siempre el punto de referencia para analizar la responsabilidad del Estado y sus funcionarios, de allí que recurramos al *iter* que este concepto fue transitando para solidificar sus postulados.

Dadas las connotaciones particulares de la determinación de la responsabilidad en sede administrativa, conforme fuera expuesto en el tópico anterior, la jurisprudencia del Consejo de Estado francés fue moldeando con el tiempo el instituto de la *falta de servicio*<sup>26</sup> para determinar cuándo existirá responsabilidad, ya sea del funcionario como del Estado, por una actuación de los funcionarios públicos.

La evolución así construida sobre la falta de servicio se basó en la identificación de la existencia de irregularidades o no en la ejecución de la actividad administrativa, para a partir de allí verificar a quién correspondía el cometido y atribuir la responsabilidad respectiva. Al efecto, se han edificado dos conceptos que cimientan este sistema de responsabilidad: la falta personal y la falta de servicio.

La falta personal para estudiar el grado de involucramiento individual del funcionario público en el hecho que generó un daño, de modo a identificar si ese funcionario

<sup>26</sup> Aunque algunos autores consideran que “*falta de servicio*” se adecua mejor a una traducción al castellano del término en francés.

obró según los parámetros de legalidad y con apego a sus deberes, y poder así determinar si le corresponde o no responsabilidad de reparación. La falta de servicio, sin embargo, fue construido para identificar si la conducta dañosa se desarrolló normalmente y según las pautas esperadas de él o si estuvo vinculada con la prestación del servicio propio de la Administración. A tal efecto se recurre a la naturaleza del servicio prestado, los áleas y las dificultades que conlleva la prestación del servicio, así como las condiciones en la que éste fue prestado u omitido. Con la consideración de tales elementos se va luego a determinar la existencia o no de responsabilidad de la Administración en la reparación de los daños ocasionados.

La evolución de la jurisprudencia del Consejo de Estado francés podría resumirse de la siguiente manera:<sup>27</sup>

\_ Antes de 1905: irresponsabilidad del Estado. Fallo *Lepreux*, CP enero de 1899: *El Estado, como poder público, no es responsable por la negligencia de sus agentes, especialmente cuando se trata de medidas de policía.*

\_ 1905 – Fallo *Tomasso Grecco*, CE febrero de 1905: si bien el Consejo de Estado rechazó la demanda del señor Grecco, quien solicitaba la responsabilidad pecuniaria de una institución pública por las fallas del servicio cometidas por sus agentes, el rechazo se debió solo por razones de hecho del caso en litigio (ausencia de culpa imputable a la policía en el asunto en cuestión) y ya no invocó el principio de irresponsabilidad del Estado por los servicios de policía.

\_ 1911 – Fallo *Anguet*, CE 3 de febrero de 1911: el Consejo de Estado admite que si la causa directa y material del accidente era la culpa personal de los funcionarios públicos, esta culpa sólo había sido posible por una falla o culpa del servicio. Así, basta la sola existencia de esa falla del servicio para hacer responsable a la Administración por el daño ocasionado. En los términos del fallo *Anguet*: *que en esas condiciones, el accidente de que fue víctima el recurrente, como consecuencia de su brutal expulsión de esa parte de la oficina, debe atribuirse al mal funcionamiento del servicio público, cualquiera que hubiese sido la responsabilidad personal a cargo de los funcionarios autores de la expulsión.*

Sin embargo, algo que no debe dejarse de observar es que la falla del servicio mantiene aquí cierta independencia de la culpa personal del agente o funcionario público: el daño fue debido por dos causas, la falla del servicio y una culpa personal. Si bien luego se va a evolucionar hacia el cúmulo de responsabilidades resultante de una misma y única culpa (pues la culpa personal del funcionario público hace presumir el funcionamiento defectuoso del servicio), no pierde relevancia la distinción entre la falla del servicio y la culpa personal, como se verá en esta evolución del asunto.

<sup>27</sup> Cfr. Marceau Long y otros, *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa*, segunda edición, Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2009, Bogotá (Colombia), 2009.

Importante es advertir esta diferencia para esclarecer que la responsabilidad del Estado no excluye la responsabilidad del funcionario público, dado que solo está en discusión la indemnización debida por un hecho delictuoso, lo que cae en el ámbito del Derecho civil.

\_ 1918 – Fallo *Lemonnier*, 26 de julio de 1918: *La posible coexistencia de una culpa que la autoridad jurisdiccional pueda considerar como personal del empleado oficial y que comprometa su propia responsabilidad, con una culpa administrativa que la autoridad administrativa deberá considerar como falla del servicio que comprometa la responsabilidad de la administración.*

A partir de este precedente se seguirá con que, si la culpa del funcionario público fue cometida en la prestación de un servicio a cargo de la institución a la que pertenece, si los medios para la comisión de la conducta dañosa fue ofrecida por la Administración, si la víctima fue confrontada con el culpable por virtud de la prestación del servicio, lo que implica que el servicio condicionó la realización de la falta o la producción de las consecuencias dañosas, entonces la culpa del funcionario es independiente del servicio, pero el servicio no puede ser ajeno a la falta. En pocas palabras, la falla en el servicio determina la responsabilidad de la Administración, sin que eso signifique excluir la responsabilidad del funcionario y ésta vendrá determinada por la culpa del funcionario; culpa que también requiere un examen de la actuación del funcionario confrontando con su marco permitido y exigido de competencias.

\_ 1919 – Fallo *Regnault-Desroziere*, 28 de marzo de 1919: con este fallo se determina la responsabilidad del Estado cuando la actividad de éste constituya un riesgo excepcional. Es decir, aun no existiendo falta de servicio y sin tener que probar la existencia de culpa de los funcionarios, va a exigirse la responsabilidad del Estado por un daño causado como consecuencia de la exposición de riesgos anormales a los ciudadanos. Amplía así la responsabilidad estatal pero se cuida de no extenderla hasta el infinito, con la conceptualización de *riesgo especial para terceros*, lo que serviría luego a la jurisprudencia española para limitar su responsabilidad *objetiva* del Estado, ante los abusos que ésta ocasionó al erario.

Para advertir ese riesgo especial es preciso verificar la existencia de una relación directa de causalidad entre el funcionamiento de la entidad pública y el perjuicio sufrido. Con todo, nace el *riesgo especial y anormal* que debe acreditarse para exigirse la responsabilidad estatal, examen que remite a las consideraciones de cada caso para advertir el encuadre.

\_ 1949 – Fallo *Mimeur*, febrero de 1949: el Consejo de Estado declara que la responsabilidad del Estado se ve comprometida desde que la culpa personal del funcionario público *no estuviera desprovista de vínculo alguno con el servicio*. Ello significa que no es absolutamente necesario que el funcionario cometa un hecho dañoso en el desempeño de sus funciones habituales, en efectiva prestación de un servicio; basta

con que ese hecho esté de alguna manera vinculado con el servicio para configurar también la responsabilidad del Estado.

\_ 1951 – Fallo *Laruelle*, 28 de julio de 1951: se admite que la Administración pueda volverse contra sus agentes por el perjuicio que ellos le causaron con motivo de sus faltas personales, separables del ejercicio de sus funciones.

Fallo *Delville*: *la víctima puede solicitar indemnización de la totalidad del perjuicio causado sea a la administración, ante las jurisdicciones administrativas [Consejo de Estado], sea al agente responsable, ante las jurisdicciones judiciales [juzgados ordinarios].* Se complementa con el fallo *Laruelle* al prever que un agente condenado por las jurisdicciones judiciales a indemnizar a la víctima de un perjuicio del cual lo juzgan responsable puede volverse en contra de su Administración debido a la falta de servicio que ésta cometió y que contribuyó a la realización del perjuicio.

\_ 1983 – Ley del 13 de julio: *Cuando un funcionario fue demandado por un tercero por una falta de servicio y que el conflicto de atribución no ha sido diferido, la colectividad pública debe, en la medida en la cual una falta personal separable del ejercicio de sus funciones no es imputable a este funcionario, cubrirlo de las condenas civiles pronunciadas en su contra.*

\_ 2002 – Fallo *Papon*, 12 de abril de 2002: *conviene, cualquiera sea por otro lado el fundamento sobre el cual la responsabilidad del funcionario se comprometió con respecto a la víctima del daño – distinguir tres casos: que, en el primer caso, en el cual el daño por el cual el agente fue condenado civilmente encuentra su origen exclusivo en una falta de servicio, la administración se encuentra en la obligación de cubrir integralmente al interesado de las condenas civiles pronunciadas en su contra; que, en el segundo caso, en el cual el daño proviene exclusivamente de una falta personal separable del ejercicio de sus funciones, el agente que la cometió no puede al contrario, cualquiera sea el vínculo entre esta falta y el servicio, obtener la garantía de la administración; que, en el tercer caso, en el cual una falta personal, en la realización del daño, conjugó sus efectos con los de una falta de servicio distinta, la administración tiene la obligación de cubrir al agente solamente por la parte imputable a esta falta de servicio; que pertenece en esta última hipótesis al juez administrativo, ante el cual se presentó un contencioso que opone el funcionario a su administración, pagar la contribución final del uno y del otro a cargo de las reparaciones tomando en cuenta la existencia y la gravedad de las faltas respectivas.*

*La administración está en la obligación de cubrir al agente solamente por la parte imputable a esta falta de servicio.*

*Pertenece en esta (...) hipótesis al juez administrativo precisar la contribución final del uno y del otro a cargo de las reparaciones, teniendo en cuenta la existencia y la gravedad de las faltas respectivas.* Así, al juez administrativo le corresponde expedirse sobre la existencia de una falta personal, de una falta de servicio y sobre la repartición final de la carga entre el agente y el servicio

Se ilustra la acción recursoria del funcionario contra la Administración, para que ésta concorra en el pago de la indemnización civil cuando el daño ocasionado fue cometido en vinculación con la prestación del servicio, aunque determinando en cada caso la cuota de responsabilidad de cada parte (funcionario y Administración), pero impidiendo admitir la irresponsabilidad del Estado, *en función de la medida que tomó la falta de servicio en la realización del daño*.

Otro aspecto relevante que quedó reafirmado en el fallo *Papon* (recordando precedentes sobre el asunto) es que el juez administrativo no está obligado por la posición o decisión de las jurisdicciones judiciales (y esto atañe tanto a lo penal como a lo civil), lo que equivale a decir que el análisis de la falta personal por parte del juez civil no compromete al juez administrativo, por dos razones:

(i) por los límites de la autoridad de la cosa juzgada, ya que ésta solo opera con eficacia en relaciones con el mismo objeto, la misma causa y las mismas partes. Sin embargo, el juez civil se expedirá en un litigio entre la víctima y el funcionario para determinar la existencia de una falta personal del último; y el juez administrativo en un litigio entre el funcionario y la Administración para determinar o no la existencia de una falta de servicio. Luego entonces no hay identidad de causa ni de partes (fallo *Sociedad de los cementos Portland de Lorena*, del 26 de febrero de 1937).

(ii) La falta personal del funcionario no se aprecia necesariamente de igual manera en las relaciones agente-víctima y agente-Administración. La Administración podría reprochar una falta personal que la víctima no hubiera podido invocar en contra del funcionario, por la dinámica propia de la relación (fallo *Moritz-Jeannier*, del 26 de mayo de 1954).

Así, únicamente la constatación de los hechos corresponde a la autoridad de cosa juzgada (fallo *Thépaz*, del 14 de enero de 1935).

Así se ha cimentado el sistema de responsabilidad donde se identifican y diferencian dos tipos concretos de responsabilidades, una del funcionario y otra de la Administración. Este sistema, a su vez, determina las condiciones, tanto para que el funcionario exija también la co-responsabilidad de la Administración cuando es demandado al pago de una indemnización por daño, como para que la Administración haga lo propio o repita del funcionario cuando la demanda vaya dirigida solo contra ella.

De cualquier manera se precautela la indemnización al particular, ciudadano o administrado que ha sufrido un daño por una actuación (cuanto menos) vinculada con la prestación de un servicio público. Para entender el sistema de responsabilidad desarrollado en Francia cabe advertir que la responsabilidad directa del funcionario puede ser exigida en sede del Poder Judicial (juez ordinario) y la responsabilidad de la Administración debe seguirse ante el Consejo de Estado francés (instancia

contencioso-administrativa independiente del Poder Judicial).

Sirva el caso francés para advertir que la responsabilidad del Estado y sus funcionarios no puede seguirse con las reglas del derecho privado, ya que sus peculiaridades la alejan del simple encuadre a responsabilidad objetiva o subjetiva. También sirve para ilustrar que las competencias de una y otra jurisdicción deben estar plenamente identificadas normativamente, de modo a evitar que se pierda la atención en cuestiones secundarias o irrelevantes en el ámbito del Derecho público.

## 7. La responsabilidad del Estado en Paraguay

Si bien existe una disposición constitucional (artículo 39) que dispone: “Toda persona tiene derecho a ser indemnizada justa y adecuadamente por los daños o perjuicios de que fuere objeto por parte del Estado”, con lo cual se puede afirmar que la responsabilidad extracontractual (así como la contractual) de la Administración es directa, aun existiendo una actuación ilícita o irregular de sus funcionarios, otra disposición de la misma Constitución (el artículo 106)<sup>28</sup> establece que esa responsabilidad del Estado será subsidiaria en casos de transgresiones, delitos o faltas de los agentes estatales en el ejercicio de una función pública.

Con ello queda declarada la responsabilidad directa de la Administración en caso de actuación lícita (contractual o extracontractual) de sus funcionarios y la responsabilidad subsidiaria o indirecta del Estado en caso de una actuación irregular de los mismos. Esto va en contra de la mayoritaria corriente doctrinaria y legislativa de diversos países, donde rige un sistema de responsabilidad directa de la Administración, aun en caso de actuaciones irregulares.

El obstáculo que ello presenta a los ciudadanos es la posibilidad de que los representantes de las instituciones públicas pretendan que toda acción de reparación de daños se dirija primero contra el funcionario, en juicio que puede durar mucho tiempo, para luego reclamarle al Estado en caso de insolvencia de ese funcionario, en otro juicio que puede durar igual o mayor tiempo.

Como plantea el profesor Chase Plate, Paraguay debería inscribirse en la responsabilidad directa de la Administración, aún en los casos de actuación irregular de sus agentes, sin que ello haga mella en la principal obligación del funcionario de resarcir los daños producidos con su conducta ilícita o irregular, o de que se repita contra el mismo todo cuanto el Estado abone por tal concepto. Lo que se quiere

28 “En los casos de transgresiones, delitos o faltas que cometiesen en el desempeño de sus funciones, son personalmente responsables, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria del Estado, con derecho de éste a repetir el pago de lo que llegase a abandonar en tal concepto”. De igual manera, el artículo 1845 del Código Civil paraguayo prevé que “Las autoridades superiores, los funcionarios y empleados públicos del estado, de las Municipalidades y de los entes de Derecho Público serán responsables, en forma directa y personal, por los actos ilícitos cometidos en el ejercicio de sus funciones. Los autores y copartícipes responderán solidariamente. El Estado, las Municipalidades y los entes de Derecho Público responderán subsidiariamente por ellos en caso de insolvencia de éstos”.



significar es que la responsabilidad del Estado debe existir allá donde se ocasione un perjuicio por falla o falta de servicio (configurada en el Derecho francés) en la actividad estatal; y que esa responsabilidad es independiente del deber principal del funcionario cuya actuación irregular o ilegal ha provocado el daño indemnizable.

El constituyente paraguayo no ha tenido la claridad suficiente para percibir que la responsabilidad directa de la Administración no implica un acto de impunidad contra el funcionario, dado que la responsabilidad principal de éste persiste y debe pagar antes o después que lo haya hecho el Estado, sino que se erige en la garantía que toda Administración debe brindar a los ciudadanos, demostrando ser el primer pagador en un régimen que pretende regirse por el Derecho, dando el ejemplo para exigir igual conducta de todas las personas dentro de su territorio. La responsabilidad directa da seguridad y allana el camino para que el particular sea resarcido por la vulneración injusta que ha sufrido sobre sus derechos; conservando el funcionario la responsabilidad principal y directa de sus actuaciones y obligado a reembolsar cuanto el Estado pague por actuar negligente.

De hecho, aun existiendo esa responsabilidad subsidiaria del Estado, lo que implica que primero debe exigirse la reparación del funcionario que obró irregularmente, el día a día de nuestro contencioso-administrativo nos refleja que, en las demandas contra actos administrativos irregulares, éstas son instauradas contra la Administración y las sentencias condenatorias conminan su ejecución contra el Estado. El funcionario que dictó el acto irregular, sencillamente, no aparece ni es mencionado en el litigio. Quien termina pagando por el acto irregular es *directamente* el Estado. El constituyente no ha vislumbrado la necesidad de establecer mecanismos más efectivos para garantizar la asunción de responsabilidades por parte de los funcionarios, perdiéndose en el camino de la objetividad o subjetividad del esquema de responsabilidad.

Esta opaca interpretación del constituyente paraguayo puede leerse en el Diario de Sesiones de la Asamblea Nacional Constituyente:

“quiero aclarar a un preopinante que la culpa objetiva del Estado ya la hemos relacionado, como bien se dijo en el Art. 37. Allí el Estado es responsable y la ley va a reglamentar esa posibilidad, no importa si hay culpa, infracción o lo que sea, del funcionario público. Estado, en uso de sus atribuciones y en actividades ilegítimas, como un daño, es responsable. ¿Por qué? Por la culpa objetiva. Ahora, lo que queremos reglamentar es la culpa subjetiva del Estado cuando el Estado legítimamente no comete un daño, sino cuando el estado por error, o por infracción, o por dolo, o por culpa de su funcionario público, comete el daño. Entonces, no en todos los casos el estado va a ser responsable. Vamos a ser claros. Si en las actas figura que es aceptada por la Comisión Redactora la interpretación que queremos dar a la palabra ‘contingente’, que necesariamente va a ser una ley que va a reglamentar cuándo el Estado será o no responsable, teniendo en cuenta los distintos tipos de responsabilidad, solidaria,

subsidiaria y contingente, estoy de acuerdo. Retiro mi moción y me adhiero al texto de la Comisión Redactora con ese sentido, con esa acepción, pero no comparto, y esto que quede bien claro en las actas, la tesis de un preopinante de que en todos los casos el Estado va a ser responsable... porque, señores, así vamos a crear el gran negocio. Los juicios contra el Estado. Vamos a quebrar nuestro Estado y realmente va a pasar, como en otros países muy cercanos, donde se manejaron seis mil millones de dólares en juicios irregulares contra el Estado. Yo no quiero para mi Estado esa concepción de que es el botín donde todos van a acudir en defensa de sus derechos y hacerle pagar, en todos los casos, al Estado cualquier daño que exista en cualquier lugar del país. Vamos a crear la responsabilidad del Estado pero dentro de un marco jurídico preciso, claro, donde se distinga eficazmente cuándo va a ser responsable el Estado, porque queremos un Estado responsable, pero no queremos un Estado pagador de todos los errores del mundo”.<sup>29</sup>

“Ahora bien, nos hemos cuidado muy bien de poner una cláusula al final que dice que: sin perjuicio de la responsabilidad contingente del Estado que debe procurar su resarcimiento. ¿Qué quiere decir esto? Que el Estado no le va a dañar al tercero, pero le va a perseguir al funcionario público en procura de ese resarcimiento. Eso es que claramente queda establecido en la parte final del Art. 105. Creo que queda aclarada la observación, ciudadano presidente, y muchas gracias”.<sup>30</sup>

Como puede leerse, la aclaración no hace más que oscurecer la intención que se tenía. No se ha dimensionado que el análisis de legalidad de las actuaciones administrativas (el único que cabe en tratándose de una actividad estatal) no requiere ni permite un análisis de la voluntad del funcionario público interviniente (ni del Estado en forma abstracta). En las actuaciones de los organismos y agentes públicos nada importa la intención del agente estatal, importa solo si la voluntad de las disposiciones legales y reglamentarias se han cumplido o no con la actividad administrativa cuestionada.

Así, en la constituyente se extrapolaron indebidamente los conceptos de culpa subjetiva y objetiva, sin considerar, además, el estado de indefensión o de obstrucción que podría acarrearle al ciudadano una concepción estricta de la subsidiariedad, denostando una falta de instrucción acerca del rol de la Administración en un Estado Constitucional de Derecho. Ello, junto con la falta de certidumbre procesal (y de garantías) para hacer valer los derechos frente a la insolvencia del funcionario, nos pudiera haber llevado (como se intentó) a navegar en un mar de dificultades para los más débiles. Y es que alguien podría válidamente entender que la subsidiariedad exija que la acción se dirija de manera previa contra el deudor principal (sin la participación del deudor subsidiario),<sup>31</sup> algo que puede prolongar aún más el proceso, lo que conllevaría a otro proceso igual de penoso cuando se lo quisiera hacer valer

29 Diario de Sesiones N° 20, Plenaria, p. 22, Convencional Bernardino Cano Radil. *Constitución de la República del Paraguay con sus Fundamentos*, Latindata, Asunción.

30 Diario de Sesiones N° 20, Plenaria, p. 23, Convencional Oscar Paciello. *Íbidem*.

31 Cfr. Alfredo González Palacios, “La responsabilidad civil del funcionario o agente público y la intervención del Estado en el proceso”, pp. 583-603, en *La Ley Revista jurídica paraguaya*, Año 37 N° 4, mayo de 2014.

contra el Estado (por insolvencia del funcionario) y que pudiera terminar con resultado contradictorio por el hecho de que las pruebas de un juicio podrían no acreditarse en el otro, o hacer vulnerable el derecho del particular a ser indemnizado por una eventual prescripción de la acción.

Además, no se tuvo en cuenta la posición desventajosa en que se encuentra el particular para conocer si un acto dañoso es regular o irregular, lo que recién será determinado por el juez.<sup>32</sup> Así, en el supuesto de demandar una reparación por un actuar regular, pero luego determinado irregular o ilícito por el juez civil, el afectado tendrá que iniciar un nuevo proceso contra el funcionario, si éste no formó parte de la litis donde se decretó su irregularidad; todo lo cual hace más tortuoso y oneroso el peregrinar del particular afectado en busca de su indemnización.

En una fuerte crítica, el Dr. Luis De Gásperi, en su Anteproyecto de Código Civil manifestó: “nadie sabe en qué puede consistir la responsabilidad indirecta del Estado, a menos de estimar como la de un fiador civil con derecho a negar su responsabilidad sin la previa excusación de los bienes del deudor principal (...) bien se ve que los compiladores de esa Constitución estaban ayunos de la doctrina civil moderna relativa a la responsabilidad de los entes autónomos del Derecho Público, el primero de los cuales es el propio Estado...”.

Los constituyentes no han podido vislumbrar que sin la redacción del artículo 106 constitucional, se mantenía la responsabilidad directa del Estado sin desaparecer la obligación principal del funcionario y su obligación de repago en caso que la Administración tenga que pagar por su actuación irregular, ya que esa responsabilidad directa no es eximente de la responsabilidad personal del funcionario, para cuya ejecución solo se deben arbitrar las reglas procesales pertinentes (que entonces ya existían y continúan vigentes, pero sin los dientes necesarios para asegurar su cumplimiento).

El titubeo de los constituyentes se refleja en la falta de percepción de esa realidad, ya que con la intención de reflejar la responsabilidad personal del funcionario infractor, no ha encontrado la redacción más feliz ni el mejor camino para dicho menester. En la construcción del concepto, según manifestaciones de los propios constituyentes, la primera palabra que se utilizó para caracterizar la responsabilidad del Estado (por la actuación irregular de sus agentes) fue la de **“eventual”**, con lo cual querían dejar patente que la responsabilidad del Estado debía analizarse caso por caso y solo ser aplicada cuando concurrieran los elementos que dispararían esa responsabilidad: el actuar ilícito del funcionario en ejercicio de sus funciones.

Después de esa primera caracterización, se había propuesto que el término correcto para declarar esa responsabilidad del Estado (por actos ilícitos o irregulares) era la

32 Bonifacio Ríos Avalos, “El Código Civil y la Responsabilidad del Estado”, pp. 841-858, *Derecho Privado*, La Ley, Paraguay (Asunción), 2007.

de “**contingente**”, en el entendido de que era la palabra que mejor cuadraba con la intención de los convencionales. Dicho término reflejaría mejor la intención de analizar caso por caso la actuación de los funcionarios y que, si se la declarare irregular, no desaparezca su responsabilidad. Con ese término (responsabilidad contingente del Estado) fue aprobado *en general* el texto de la Constitución, que luego fue cambiado antes de la aprobación particular de ese artículo 106, donde finalmente quedó decretada la responsabilidad **subsidiaria** del Estado.

Afortunadamente, con sano juicio, la doctrina nacional y la jurisprudencia de los tribunales le han dado un cariz congruente a la interpretación constitucional que, aunque no se refleje en un análisis estricto del término, se orienta en la intención del constituyente y en un análisis sistemático de la Constitución y del Derecho para darle un trato adecuado a la responsabilidad del Estado por la actuación ilícita o irregular de sus funcionarios. Con ello, se ha corregido una definición que, con una interpretación sesgada, pudo habernos llevado por caminos tortuosos.

Producto de ese análisis doctrinario y jurisprudencial, no sin trastraballo al principio, en las demandas civiles planteadas contra acciones ilícitas o irregulares de los funcionarios públicos, se admite que sean demandados en forma conjunta el funcionario y el Estado, de modo que éste participe del proceso y pueda hacerse responsable de manera inmediata ante la falta de pago del agente infractor (responsable directo), con lo cual se evita el doble juicio y desechan las eventuales excepciones de falta de legitimación pasiva y prescripción. Como manifiesta el profesor Bonifacio Ríos: “En nuestro sistema, para el caso de duda de si se trata de acto regular o irregular de los funcionarios, la acción deberá dirigirse contra ambos, es decir, contra el funcionario y el Estado. Solo se suspenderá la ejecución de la sentencia contra el Estado, hasta acreditar la insolvencia del funcionario. Esta solución es la menos gravosa para la víctima en la actualidad, hasta tanto se tenga una regulación más prolija de la materia”.<sup>33</sup>

En igual sentido, en sede judicial se ha destacado que “el Derecho Positivo Nacional no consagra solamente la responsabilidad del Estado, lo cual no se pone en duda, sino que, además, instituye una figura específica importante en la relación con la materia: la responsabilidad subsidiaria del Estado por los daños y perjuicios provocados por el comportamiento ilícito o irregular de los agentes públicos (funcionarios y empleados) en el ejercicio de sus funciones como tales. El concepto de responsabilidad subsidiaria implica necesariamente el de una responsabilidad que no es subsidiaria, sino directa, razón por la cual doctrinariamente puede afirmarse la existencia de una responsabilidad principal, que es directa, y una responsabilidad accesoria o secundaria, que es subsidiaria, destinada a asegurar la eficacia de la primera (...) El accionante debió haber dirigido la pretensión resarcitoria –en principio– contra los responsables directos de los actos ilícitos, es decir, contra los que cometieron tales

---

33 *Ibidem*, p. 858.

hechos contrarios al Derecho, y, subsidiariamente, contra el Estado Paraguayo, en su caso, de tal manera que el proceso pueda tramitarse contra ambos legitimados pasivos (uno principal y otro subsidiario), a fin de que, en el supuesto de que recaiga sentencia condenatoria a favor del actor, ésta pueda reclamar el abono de la indemnización correspondiente a los directamente responsables y, en caso de insolvencia acreditada de los mismos, subsidiariamente al Estado Paraguayo”.<sup>34</sup>

En otro fallo, se ha afirmado que: “la Municipalidad de Villarrica omitió, contra derecho o antijurídicamente, el deber concreto de fiscalización, que pesaba sobre ella como concedente del servicio de distribución de energía eléctrica y alumbrado público. Por lo tanto, corresponde declarar la responsabilidad por los daños sufridos por el menor V.V. en la misma medida de la responsabilidad de la concesionaria, por cuyas conductas ilícitas debe responder en lo atinente al caso concreto, por los motivos ya explicitados. Por otra parte, antes de determinar el monto del resarcimiento debido por la Municipalidad de Villarrica, corresponde realizar las siguientes precisiones: El Art. 1841 establece la responsabilidad solidaria de todas las personas imputables del acto ilícito dañoso. Establece, además, la gradación de la culpa y la importancia de la misma para la correspondiente repetición entre los agentes del acto perjudicial”.<sup>35</sup>

Este último precedente es importante para determinar que la Administración debe responder siempre por el daño que ocasione su actuación o que el perjuicio sea causado por un tercero por encargo de la Administración. Queda entonces garantizada la indemnización por *falta de servicio* o servicio defectuoso, aún en los casos en que se recurra a formas privadas para prestar un servicio debido por el Estado (concesión o alianza público-privada).<sup>36</sup>

Con igual inteligencia de responsabilidad del Estado, ante la imposibilidad de determinar la identidad del funcionario negligente, se debe admitir una demanda contra el Estado. Como lo ha manifestado la Dra. Buonghermini: “Una decisión en el sentido de privar de acción al particular que se encuentra en el predicamento de desconocer la identidad de su agresor y de no poder establecerla debido a las circunstancias que rodean el hecho significaría una violación a los derechos humanos reconocidos por el Estado Paraguayo, en relación con el acceso a la justicia y a una reparación adecuada por los actos del Estado o sus agentes, consagrado en instrumentos internacionales vigentes, Convención Americana de los Derechos Humanos en sus artículos 1°, 2°, 5°, 8° y 25°, así como la Declaración de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas en sus artículos 3°, 7° y 10°”.<sup>37</sup>

34 Acuerdo y Sentencia N° 84/08, de fecha 8 de febrero de 2008, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de Asunción, Primera Sala.

35 Acuerdo y Sentencia N° 114/07, de fecha 26 de marzo de 2007, dictado por la Sala Civil y Comercial de la Corte Suprema de Justicia.

36 Félix A. Trigo Represas y Marcelo J. López Meza, *Tratado de la Responsabilidad Civil*, Op. Cit., p. 51.

37 María Mercedes Buonghermini Palumbo, “El actuar dañoso del Estado y las formas de responsabilidad civil”, pp. 203 a 220, en Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad nacional de Asunción, Paraguay, 2013, p. 215.

Como puede apreciarse, en el plano doctrinario y jurisprudencial se ha ido moldeando la responsabilidad del Estado con criterios que la tornan ecuánime, siguiendo la suerte del Derecho administrativo nacional; el que, escasa y algunas veces mal regulado en normas positivas, construyó su base sólida con los principios de su ámbito.

Con todo, bajo el esquema actual de responsabilidad del Estado paraguayo, podemos afirmar que en la práctica se da una responsabilidad directa, al permitirse: (i) demandas directas contra el Estado por el dictado de actos irregulares de sus funcionarios y asunción del costo por parte de la Administración pública, sin siquiera intentar exigir la debida repetición de aquéllos; (ii) responsabilidad del Estado cuando acude a formas privadas para prestar un servicio que le es debido, sin que se inste la responsabilidad del agente estatal que debió controlar y garantizar la calidad de ese servicio; y (iii) demanda directa contra el Estado cuando no sea posible (para el administrado) conocer la identidad del agente público agresor.

### **8. Verdadero problema: impunidad, falta de repetición de los funcionarios**

Aun cuando se ha podido salvar la responsabilidad del Estado como garantía de pago al ciudadano perjudicado, se mantiene presente la preocupación que entonces tuvieron los constituyentes: la necesidad de hacer efectiva la responsabilidad personal de los funcionarios públicos, cuando el Estado ha corrido con los gastos de la indemnización por una actuación irregular de aquéllos.

Resulta que las Administraciones siguen sin hacer uso de la acción de regreso o repetición de lo pagado contra los funcionarios, para que estos se hagan cargo de lo pagado por el Estado. Esto, a la par de fomentar la corrupción, con una conducta omisiva de los sucesivos administradores de las instituciones públicas, desangra las arcas del Estado y perjudica a los contribuyentes.

Además de ello, cabe tener en cuenta que, en la mayoría de los casos (si no en todos) donde al Estado se le demanda por una actuación ilícita o irregular de sus agentes, la Administración asume la defensa de la regularidad y validez de la actuación de su agente, lo que implica que, comprobándose el daño, el Estado queda expuesto a ser el único responsable del pago de la indemnización.

El problema está en la falta de implementación de mecanismos adecuados para exigir que esa responsabilidad personal del agente estatal sea efectiva, como: (i) sancionar a quienes no instan esa acción de regreso, (ii) exigir una rendición de cuentas de esas acciones (ante el órgano contralor) por cada gasto que realicen las instituciones públicas por las actuaciones irregulares de sus agentes, (iii) la exigencia de que en cada medida judicial que se ordene un pago al Estado (por la actuación irregular de sus agentes) se individualice al funcionario que cometió el ilícito o la irregularidad y (iv) que se conmine a la Administración a exigir la identificación del funcionario y el

reembolso, así como otras medidas adecuadas en igual sentido que apremien hacer efectiva la responsabilidad de los funcionarios públicos.<sup>38</sup>

Además, otra medida que ayudará a mejorar nuestro sistema de responsabilidad es la previsión de los elementos definidores que se deben tener en cuenta para determinar la responsabilidad del Estado por la actividad ilícita de sus agentes.

Por ejemplo, la reciente reforma del Código Civil argentino, cuyo anteproyecto aprobado fue elaborado por Ricardo Luis Lorenzetti, Aída Kemelmajer de Carlucci y Elena Highton, prevé los siguientes elementos a considerar para esa determinación: (i) la naturaleza de la actividad, (ii) los medios de que dispone el servicio, (iii) el lazo que une a la víctima con el servicio y (iv) el grado de previsibilidad del daño. Esto podría predicarse de actuaciones regulares de la Administración cuando se cause un daño, pero tratándose de actuaciones irregulares del Estado, el análisis debe circunscribirse al ámbito de las competencias de los organismos intervinientes (cumplimiento anormal del servicio público o incumplimiento de las obligaciones) y la determinación de un sacrificio especial por parte del damnificado, como sugiere Juan Carlos Cassagne.<sup>39</sup>

La intención del constituyente no fue la más feliz y, aunque fue salvaguardada por la doctrina y la jurisprudencia, no hizo mella en la preocupación de ese constituyente: que el funcionario se haga cargo de su negligencia, irregularidad o ilicitud.<sup>40</sup>

---

38 “La responsabilidad personal del empleado es moralizadora y educadora. Tanto en la ley civil como en la penal, debe mantener el principio de responsabilidad directa y personal de los funcionarios y empleados. Por lo demás, la responsabilidad de los funcionarios públicos se funda no solamente en la culpa o imputabilidad, sino en el principio constitucional de gobierno republicano y representativo”. Miguel Ángel Pangrazio, *Código Civil Paraguayo Comentado*, Libro tercero, cuarta edición, s.d.i., p. 928.

39 En “Los factores de atribución en la responsabilidad del Estado”, pp. 93-112, *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública*, Tomo I, Espress, México, 2014.

40 Con estos términos (negligencia, irregularidad o ilicitud) usados de modo indistinto en todo el texto se quiere significar la actuación pública que se alejó de sus parámetros normativos, diferente a la ilicitud que se predica en el ámbito del Derecho civil. Se pone énfasis en el análisis del deber que es exigido de la función pública y de las posibilidades reales de actuación, a partir de las exigencias del plexo jurídico.





# ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE LA UNIÓN EUROPEA

Jose Antonio Moreno Molina





## ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DE LA UNIÓN EUROPEA

Jose Antonio Moreno Molina<sup>1</sup>

**SUMARIO:** 1. El reconocimiento expreso en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea de la responsabilidad extracontractual de la Unión Europea; 2. Requisitos para la exigencia de responsabilidad a las Instituciones de la Unión; 3. El principio de confianza legítima en la actuación de las Administraciones públicas y la responsabilidad extracontractual de las instituciones comunitarias; 3.1 El desarrollo del procedimiento de contratación en el asunto T-203/96; 3.2 El reconocimiento de la existencia de responsabilidad extracontractual del Parlamento Europeo; 3.3 La aplicación de los principios generales del Derecho por el Tribunal de Justicia; 4. Responsabilidad en caso de incumplimiento del Derecho Comunitario por parte del Poder Judicial; 5. La responsabilidad del Estado por incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho comunitario; 5.1 Introducción; 5.2 La sentencia Francovich; 5.3 La sentencia Factortame; 5.4 Los requisitos exigidos por el Tribunal para el reconocimiento de la responsabilidad de un Estado miembro; 5.5 La jurisprudencia española.

### I. El reconocimiento expreso en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea de la responsabilidad extracontractual de la Unión Europea

En 2007 se cumplió el 50 aniversario de la firma del Tratado de Roma de 1957 por el que se creó la Comunidad Económica Europea. Desde su creación con 6 Estados miembros, las sucesivas ampliaciones la han llevado a los 27 Estados miembros actuales, a una moneda única común (el Euro) y a una gran integración económica, social, cultural y política<sup>2</sup>, que ha tenido su más reciente desarrollo con la entrada en vigor el 1 de diciembre de 2009 del Tratado de Lisboa<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Catedrático de Derecho Administrativo en la Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca. Director de la Revista Mensual "Contratación Administrativa Práctica" de la editorial Wolters Kluwer La Ley y del Máster en "Contratación Pública" de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Ha publicado varios libros sobre la contratación pública y también sobre responsabilidad administrativa, medio ambiente; y diversos capítulos de libros y trabajos en revistas especializadas (Revista de Administración Pública, Revista Española de Derecho Administrativo, Documentación Administrativa, Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario, Public Procurement Law Review, Noticias de la Unión Europea) sobre Derecho comunitario –fuentes y organización administrativa-, responsabilidad, procedimiento administrativo y función pública.

Ha impartido conferencias y cursos en diversas Universidades españolas, europeas y de América Latina, así como en el Instituto Nacional de Administración Pública. Ha participado en diversos proyectos de investigación financiados por la Unión Europea, el Estado y la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.

<sup>2</sup> Para una aproximación a la historia de las Comunidades Europeas puede consultarse el documento "Doce Lecciones sobre Europa", Luxemburgo, 2007, elaborado por Pascal Fontaine, profesor del Instituto de Estudios Políticos de París, que se encuentra disponible en Internet en la dirección [http://europa.eu/index\\_es.htm](http://europa.eu/index_es.htm). El citado portal oficial de la Unión Europea permite acceder a gran cantidad de contenidos y materiales legislativos, documentales, divulgativos, estadísticos y jurisprudenciales.

<sup>3</sup> El Tratado de Lisboa adapta la toma de decisiones a una Unión Europea ampliada a 27 Estados miembros y pone la visión en futuras incorporaciones. Toma en cuenta nuevos retos como el cambio climático o la globalización, que no se habían tenido en cuenta en el Tratado de Niza, que data de 2001. Los grandes capítulos del Tratado de Lisboa son: Una Unión Europea más democrática y transparente, Una Unión Europea de los derechos, los valores, la libertad, la solidaridad y la seguridad, una Unión Europea que sea actor clave en la escena global.

El principio, así establecido expresamente en el artículo 340 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo art. 288 del Tratado de la Comunidad Europea), de la responsabilidad extracontractual de la Comunidad, no es sino una expresión del principio general conocido en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, conforme al cual una acción u omisión ilegal produce la obligación de reparar el perjuicio causado. Esta disposición pone de manifiesto también la obligación de los poderes públicos de indemnizar los daños causados en el ejercicio de sus funciones.

Como destaca el profesor RODRÍGUEZ ARANA en el capítulo anterior de la presente obra, el artículo 41.3 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales parece reclamar un derecho común europeo sobre responsabilidad pública.

El denominado recurso de indemnización, regulado en el artículo 268 y en el apartado 2 del artículo 340 del TFUE, brinda a los ciudadanos y empresas de la Comunidad, pero también a los Estados miembros que han sufrido un perjuicio a causa de un error cometido por los servicios de la CE, la posibilidad de exigir una indemnización ante el TPI (si se trata de ciudadanos y empresas) o el TJCE (si se trata de Estados miembros). El recurso por responsabilidad es un recurso autónomo, con una función determinada en el marco del sistema de recursos y supeditado a requisitos de ejercicio concebidos en función de su objeto específico (sentencia de 28 de abril de 1971, Lütticke/Comisión, 4/69, Rec. p. 325, apartado 6, y auto de 6 de junio de 1993, Van Parijs y otros/Consejo y Comisión, C-257/93, Rec. p. I-3335, apartado 14). Mientras que los recursos de anulación y por omisión persiguen declarar la ilegalidad o la falta de adopción de un acto jurídicamente vinculante, el recurso por responsabilidad tiene por objeto la solicitud de reparación de un perjuicio causado por un acto o un comportamiento ilícito imputable a una institución o a un órgano comunitario (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 10 de julio de 1985, CMC/Comisión, 118/83, Rec. p. 2325, apartados 29 a 31; de 27 de marzo de 1990, Grifoni, C-308/87, Rec. p. I-1203, y de 15 de septiembre de 1994, KYDEP/Consejo y Comisión, C-146/91, Rec. p. I-4199). Uno de los requisitos del derecho a indemnización es la existencia de una violación suficientemente caracterizada de una norma jurídica que confiera derechos a los particulares. Así, en materia de responsabilidad extracontractual de la Comunidad, debe examinarse el comportamiento que causa el daño para determinar la existencia de la responsabilidad de una institución u órgano comunitario. De hecho, si un órgano jurisdiccional comunitario no pudiera apreciar la legalidad del comportamiento de una institución u órgano comunitario, el procedimiento previsto en el artículo 235 CE quedaría desprovisto de efecto útil.

Los artículos 268 y 340 del TFUE constituyen la expresión de los principios generales del Derecho en los que se basa la teoría del acto ilícito y la correspondiente indemnización del daño causado. Este derecho a la indemnización por los daños causados por la actuación de los poderes públicos sería el corolario del derecho a la

tutela judicial efectiva que forma parte de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros (sentencia del TJCE de 25 de julio del 2002, as.C-50/00, Rec. I-6677,ap.39).

A nivel comunitario, existe una laguna en la regulación de las condiciones y régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de la CE, que se determinan con arreglo a los principios generales comunes a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. Así, el artículo 340 del TFUE establece expresamente la remisión: “en materia de responsabilidad extracontractual, la Comunidad deberá reparar los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros”. Ha sido el TJCE a lo largo de una muy destacada jurisprudencia quien ha establecido cuáles son esos principios comunes. Pues bien, la realidad demuestra, como ha advertido MUÑOZ MACHADO, que la doctrina del alto Tribunal sobre responsabilidad ha influido de forma considerable sobre los ordenamientos internos de los Estados miembros <sup>4</sup>.

Es más, esta remisión a los principios generales comunes de los Estados ha servido al Tribunal europeo de justicia para configurar desde sus orígenes todo un conjunto de principios generales del Derecho, que han servido para interpretar el Derecho comunitario y para colmar las lagunas en él existentes. La formación de este conjunto de categorías generales y principios se ha producido, fundamentalmente, a través de la extensión, a todo el ámbito comunitario, de la remisión, prevista en el artículo 340 del TFUE.

Desde el célebre caso Algeza de 1957 (Asuntos 7/56 y 3 a 7/57, resueltos por la Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 1957), el Tribunal de Justicia ha expresado su voluntad de acudir, para la resolución de los problemas que se le plantean, a “las reglas reconocidas por las legislaciones, la doctrina y la jurisprudencia de los países miembros”. Estas categorías o principios generales han jugado un papel decisivo en la consolidación del cuerpo de Derecho público comunitario destinado a regir la actividad de la Comunidad y están impulsando decisivamente el desarrollo de un verdadero Derecho público común europeo.

## **2. Requisitos para la exigencia de responsabilidad a las Instituciones de la Unión**

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la responsabilidad extracontractual de la Comunidad ha sido elaborada teniendo en cuenta la amplia facultad de apreciación de que disponen las Instituciones para la aplicación de las políticas comunitarias, en especial respecto a actos normativos que impliquen opciones de política económica.

<sup>4</sup> MUÑOZ MACHADO, S.: *La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos en el Derecho comunitario europeo*, en RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C.; LIÑÁN NOGUERAS, D.J.: *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Civitas, Madrid, 1993.

Como recuerda el TJCE en su sentencia *Factortame* (de 5 de marzo de 1996), la concepción restrictiva de la responsabilidad de la Comunidad en el ejercicio de su actividad normativa se explica por el hecho de que, por una parte, el ejercicio de la función legislativa, incluso cuando existe un control jurisdiccional de la legalidad de los actos, no debe verse obstaculizada por la perspectiva de reclamaciones de indemnización de daños y perjuicios cada vez que el interés general de la Comunidad exija adoptar medidas normativas que puedan lesionar los intereses de particulares y, por otra parte, por el hecho de que, en un contexto normativo caracterizado por la existencia de una amplia facultad de apreciación, indispensable para la aplicación de una política comunitaria, la Comunidad sólo incurre en responsabilidad si la Institución de que se trata se ha extralimitado, de manera manifiesta y grave, en el ejercicio de sus facultades (sentencia de 25 de mayo de 1978, HLN/Consejo y Comisión, asuntos acumulados 83/76, 94/76, 4/77, 15/77 y 40/77, Rec. p. 1209, apartados 5 y 6).

Pues bien, con arreglo a la jurisprudencia del TJCE (véase especialmente la sentencia de 8 de abril de 1992, *Cato/Comisión*, C-55/90 [TJCE 1992, 82], Rec. p. I-2533, apartado 18), la obligación de indemnización de la CE está sujeta a las siguientes condiciones:

- 1) Actuación contraria al Derecho de una institución comunitaria o de un funcionario de la CE en el ejercicio de sus funciones. Por lo que se refiere a la responsabilidad sobre los actos normativos improcedentes de la CE (reglamentos y directivas), no basta simplemente que estos actos sean ilegales, sino que debe haberse infringido de forma notable y evidente una norma jurídica de jerarquía superior destinada a la protección del individuo. No es fácil determinar cuándo se ha cometido una vulneración suficientemente cualificada del Derecho comunitario. El TJCE toma en consideración, en particular, el número limitado de personas afectadas por la medida ilegal y el alcance del daño sufrido, que debe superar los límites de los riesgos económicos normales del sector económico de que se trate.
- 2) Existencia de un daño. Es reiterada jurisprudencia que el perjuicio debe derivarse de forma suficientemente directa del comportamiento reprochado (sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de octubre de 1979, *Dumortier frères y otros/Consejo*, asuntos acumulados 64/76, 113/76, 167/78, 239/78, 27/79, 28/79 y 45/79, Rec. p. 3091, apartado 21; sentencias *International Procurement Services/Comisión*, apartado 55, y *Meyer/Comisión*, antes citada, apartado 49).
- 3) Existencia de un nexo causal entre el daño sufrido y la actuación de la Comunidad. Para el máximo intérprete del Derecho comunitario europeo, en el marco de un recurso basado en el artículo 178 del Tratado CE (actualmente artículo 235), en relación con el artículo 215 del Tratado CE (actualmente artículo 288 CE, párrafo segundo), el demandante debe probar no sólo la ilegalidad del comportamiento imputado a la institución

de que se trate y la realidad del perjuicio, sino también la existencia de una relación de causalidad entre dicho comportamiento y el perjuicio alegado (sentencias del Tribunal de Justicia de 17 de diciembre de 1981, *Ludwigshafener Walzmühle* y otros/Consejo y Comisión, asuntos acumulados 197/1980 a 200/1980, 243/1980, 245/1980 y 247/1980, Rec. p. 3211, apartado 18, y de 14 de enero de 1993 [TJCE 1993, 3], *Italsolar/Comisión*, C-257/1990, Rec. p. I-199, apartado 33; sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 11 de julio de 1996 [TJCE 1996, 139], *International Procurement Services/Comisión*, T-175/1994, Rec. p. II-729, apartado 44, y de 27 de junio de 2000 [TJCE 2000, 292], *Meyer/Comisión*, T-72/1999, Rec. p. II-2521, apartado 49).

- 4) No es necesario que exista culpa por parte de la institución comunitaria que haya actuado.

En el marco de su consolidada jurisprudencia sobre la responsabilidad de las instituciones de la Unión, cabe destacar la sentencia del TJCE de 23 de marzo de 2004, asunto C-234/02 P, en la que el Tribunal se ha pronunciado sobre la posible responsabilidad del Defensor del Pueblo Europeo en un asunto originado por la reclamación de un ciudadano en la que solicitaba la indemnización de los daños materiales y morales presuntamente sufridos como consecuencia de la tramitación de su reclamación por el Defensor del Pueblo<sup>5</sup>. El nuevo pronunciamiento judicial reviste una especial importancia por las peculiaridades del Defensor como institución europea<sup>6</sup>.

---

5 Véase sobre la sentencia COBREROS MENDAZONA, E.: “El Tribunal de Justicia de Luxemburgo confirma la posible responsabilidad patrimonial de la Comunidad por actuaciones del Defensor del Pueblo Europeo”, *RAP* n° 164 (2004); PALOMARES AMAT, M. “**El reconocimiento, con carácter hipotético y excepcional, de la responsabilidad extracontractual de la Comunidad Europea por los daños causados por el Defensor del Pueblo Europeo en el ejercicio de sus funciones: comentario a la sentencia del TJCE de 23 de marzo de 2004, Defensor del Pueblo c. Frank Lamberts, asunto C-234/02P**”, *Revista General de Derecho Europeo*, n° 56 (2004).

6 El artículo 228 TFUE, apartados 1, 2 y 3, prevé que el Parlamento Europeo nombrará un Defensor del Pueblo, que estará facultado para recibir las reclamaciones de cualquier ciudadano de la Unión o de cualquier persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, relativas a casos de mala administración en la acción de las instituciones u órganos comunitarios, con exclusión del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales. En el desempeño de su misión, el Defensor del Pueblo llevará a cabo las investigaciones que considere justificadas, bien por iniciativa propia, bien sobre la base de las reclamaciones recibidas directamente o a través de un miembro del Parlamento Europeo, salvo que los hechos alegados sean o hayan sido objeto de un procedimiento jurisdiccional. Cuando el Defensor del Pueblo haya comprobado un caso de mala administración, lo pondrá en conocimiento de la institución interesada, que dispondrá de un plazo de tres meses para exponer su posición al Defensor del Pueblo. Éste remitirá a continuación un informe al Parlamento Europeo y a la institución interesada. La persona de quien emane la reclamación será informada del resultado de estas investigaciones.

El Defensor del Pueblo presenta cada año al Parlamento Europeo un informe sobre el resultado de sus investigaciones. A petición del Parlamento Europeo, el Tribunal de Justicia podrá destituir al Defensor del Pueblo si éste dejare de cumplir las condiciones necesarias para el ejercicio de sus funciones o hubiere cometido una falta grave. En fin, el Defensor del Pueblo ejerce sus funciones con total independencia.

El 9 de marzo de 1994, el Parlamento aprobó la Decisión 94/262/CECA, CE, Euratom, sobre el estatuto del Defensor del Pueblo y sobre las condiciones generales del ejercicio de sus funciones (DO L 113, p. 15). Con arreglo al artículo 14 de esta Decisión, el 16 de octubre de 1997, el Defensor del Pueblo adoptó unas normas de ejecución que entraron en vigor el 1 de enero de 1998.

Del conjunto de los artículos 2, apartados 4, 7 y 8, de la Decisión 94/262 y 3 y 4, apartados 1 y 2, de las normas de ejecución se desprende que, si se presenta ante el Defensor del Pueblo una reclamación relativa a un caso de mala administración en la actuación de las instituciones y órganos comunitarios, aquél ha de abrir una investigación al respecto salvo que, por una

En su citada sentencia, el Tribunal recordó su jurisprudencia conforme a la cual, con arreglo a los artículos 235 CE y 288 CE, es posible interponer un recurso contra cualquier órgano comunitario con objeto de exigir su responsabilidad extracontractual y reparar el perjuicio causado por dicho órgano en el ejercicio de sus competencias, y señaló (apartados 48 y ss.) que

“En cuanto al riesgo que se alega de que el control judicial de la actividad del Defensor del Pueblo desvirtuaría su independencia, el reconocimiento de una responsabilidad por los perjuicios causados por la actividad del Defensor del Pueblo no afecta a la responsabilidad personal de éste sino a la responsabilidad de la Comunidad. Pues bien, no parece que la posibilidad de que, siempre que se cumplan determinados requisitos, se genere la responsabilidad de la Comunidad a causa de un comportamiento del Defensor del Pueblo en el ejercicio de sus funciones que sea contrario al Derecho comunitario, pueda poner en entredicho la independencia del Defensor del Pueblo.

Según reiterada jurisprudencia en materia de responsabilidad de la Comunidad por daños causados a los particulares por una infracción del Derecho comunitario imputable a una institución u órgano comunitario, se reconoce un derecho a indemnización cuando concurren tres requisitos, a saber, que la norma jurídica violada tenga por objeto conferir derechos a los particulares, que la violación esté suficientemente caracterizada y que exista una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al autor del acto y el daño sufrido por las víctimas (véase la sentencia de 10 de julio de 2003, Comisión/Fresh Marine Company, C-472/00 P, Rec. p. I-0000, apartado 25 y la jurisprudencia allí mencionada). Por lo que se refiere al segundo requisito, en circunstancias como las del caso de autos, el criterio decisivo para considerar que una violación del Derecho comunitario es suficientemente caracterizada es la inobservancia manifiesta y grave, por parte de la institución u órgano comunitario de que se trate, de los límites impuestos a su facultad de apreciación (sentencia Comisión/Fresh Marine Company, antes citada, apartado 26).

---

de las razones indicadas en tales normas, deba rechazarse la reclamación por ser inadmisibles, en especial si el Defensor del Pueblo no halla elementos suficientes para justificar la apertura de una investigación.

Si el Defensor del Pueblo constata un caso de mala administración en la acción de una institución u órgano comunitario, debe buscar, «en la medida de lo posible [...] con la institución u órgano afectado una solución que permita eliminar [tal caso] y satisfacer la reclamación del demandante», conforme a lo dispuesto en el artículo 3, apartado 5, de la Decisión 94/262.

A este respecto, el artículo 6 de las normas de ejecución, que lleva por título «soluciones amistosas», establece en su apartado 1 que el Defensor del Pueblo «cooperará en la medida de lo posible con la institución afectada para encontrar una solución amistosa que suprima el caso de mala administración y dé satisfacción al ciudadano». Si el Defensor del Pueblo estima que dicha cooperación ha tenido éxito, archiva el asunto mediante decisión motivada e informa de su decisión al ciudadano y a la institución afectados. Por el contrario, en virtud del apartado 3 de esta misma norma, si «estima que no es posible una solución amistosa, o que la búsqueda de una solución amistosa no ha tenido éxito, o bien archivará el asunto mediante decisión motivada, que podrá contener un comentario crítico, o bien elaborará un informe con proyectos de recomendación».



Así, para determinar si se produjo una violación suficientemente caracterizada del Derecho comunitario que pueda generar la responsabilidad extracontractual de la Comunidad a causa del comportamiento del Defensor del Pueblo, hay que tener en cuenta la singularidad de su cometido. En este contexto, es preciso recordar que el Defensor del Pueblo ésta sujeto únicamente a una obligación de medios y que dispone de un amplio margen de apreciación.

Por tanto, en contra de lo que han sostenido el Defensor del Pueblo y el Parlamento, el control que ejerce este último sobre el primero no excluye un control judicial, que debe ejercerse tomando en consideración la singularidad del cometido del Defensor del Pueblo”.

Finalmente, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas desestimó el recurso de casación interpuesto por el Defensor del Pueblo Europeo contra la sentencia dictada por el Tribunal de Primera Instancia de 10 de abril del 2002, Frank Lamberts c. Defensor del Pueblo Europeo, T-209/00, Rec. p.II-2203 y ss. Para el TJCE, el Tribunal de Primera Instancia no infringió las disposiciones del Derecho comunitario que regulan el ejercicio de las funciones del Defensor del Pueblo y el control sobre éste al declarar que, en principio, un recurso de indemnización basado en la responsabilidad extracontractual de la Comunidad por la supuesta tramitación incorrecta de una reclamación por el Defensor del Pueblo es admisible. Por tanto, tras reconocer que el Defensor del Pueblo dispone de un margen de apreciación muy amplio por lo que respecta al fundamento de las reclamaciones y al curso que conviene darles y que no tiene ninguna obligación de resultado en este ámbito, el Tribunal de Primera Instancia declaró acertadamente en el apartado 57 de la sentencia recurrida que, aunque el control del juez comunitario debe ser, por tanto, limitado, no es menos cierto que no puede excluirse la posibilidad de que, en circunstancias ciertamente excepcionales, un ciudadano pueda demostrar que el Defensor del Pueblo ha cometido una violación suficientemente caracterizada del Derecho comunitario en el ejercicio de sus funciones que puede causar un perjuicio al ciudadano afectado.

### **3. El principio de confianza legítima en la actuación de las Administraciones públicas y la responsabilidad extracontractual de las instituciones comunitarias**

Una buena muestra de la aplicación por el Alto Tribunal Europeo de la responsabilidad extracontractual de las instituciones de la Unión la constituye la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de diciembre de 1998, en la que se declaró la responsabilidad extracontractual del Parlamento Europeo por violación del principio de confianza legítima de una empresa que había participado en un procedimiento de contratación convocado por la institución comunitaria<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> Véase MORENO MOLINA, J.A. y MAGÁN PERALES, J.M., *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y, en especial, de las Corporaciones Locales. Un estudio desde el análisis de la jurisprudencia*, El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados, Madrid, 2005.

### 3.1 El desarrollo del procedimiento de contratación en el asunto T-203/96

La sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de diciembre de 1998 tiene su origen en la solicitud de indemnización del perjuicio supuestamente sufrido por la empresa “Embassy Limousines & Services” como consecuencia del comportamiento culpable del Parlamento Europeo en el marco de la licitación relativa a un contrato de servicio de transporte de personas mediante vehículos con chófer.

El 22 de agosto de 1995 el Parlamento Europeo publicó en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas un anuncio de contratación de un contrato de transporte de personas mediante vehículos con chófer, previsto para los parlamentarios europeos. El anuncio precisaba que el contrato adoptaría la forma de un contrato marco con una sociedad de prestación de servicios y que se ejecutaría sobre la base de órdenes de pedidos específicas para cada operación. El contrato se celebraría por un período de tres años, prorrogable dos veces por un período de un año. El lugar de entrega sería Bruselas y los prestadores de servicios deberían justificar un período de actividad mínimo de cinco años dentro del sector. Como criterios de adjudicación del contrato, el anuncio indicaba que se elegiría la oferta económicamente más ventajosa, teniendo en cuenta los precios ofrecidos y el valor técnico de la licitación.

El 16 de octubre de 1995, la demandante presentó su oferta. El 4 de diciembre de 1995, el Parlamento se puso en contacto con el Director General de la empresa -Embassy-, para anunciarle que la Comisión consultiva de compras y contratos había emitido ese mismo día un dictamen favorable sobre la propuesta de encomendar el contrato a su sociedad.

El 12 de diciembre de 1995, la empresa dirigió al Parlamento un escrito en el cual exponía las medidas que había adoptado para hacer frente a la situación de urgencia en que se encontraba el Parlamento. Precisaba que había celebrado contratos de arrendamiento financiero de coches y de abono de teléfonos móviles, había contratado a chóferes y regularizado la situación médicosocial y fiscal de estos últimos. En el mismo escrito, la demandante contestaba a los rumores y conversaciones de pasillo que aludían a una supuesta falta de moralidad de sus dirigentes y/o de sus accionistas y ponían en tela de juicio la calidad de sus prestaciones de servicios.

A consecuencia de esos rumores, el responsable de Administración del Parlamento llamó a declarar a dos directivos de la empresa, quienes le convencieron que esas alegaciones carecían de todo fundamento (así lo hizo constar en un informe dirigido al Secretario General del Parlamento, en el que también señalaba que habida cuenta de la necesidad de organizar desde el punto de vista práctico el funcionamiento de los servicios por parte de la nueva sociedad, es preciso adoptar una decisión urgente: la Administración debe garantizar imperativamente, desde la reanudación de la actividad parlamentaria en enero de 1996, el transporte de los parlamentarios).

No obstante, el Director General de Administración propuso finalmente el PE una prórroga por un mes del contrato que vinculaba a la sociedad que prestaba hasta entonces los servicios de transporte (empresa que había quedado segunda en el procedimiento de adjudicación del contrato). Esta prórroga fue ampliada después en varios meses. Ante esta situación, la demandante se dirigió en dos ocasiones al PE para mostrar su sorpresa por no haber recibido el contrato firmado.

Mediante carta certificada de 19 de junio de 1996, el Parlamento informó a la demandante de que la licitación objeto de litigio había sido anulada y de que se había abierto de nuevo el procedimiento. Dicha carta señalaba, en particular, que el Parlamento había estimado que ninguna de las licitaciones recibidas había sido considerada totalmente satisfactoria y que la Institución se había mostrado especialmente preocupada por ofrecer a los parlamentarios un servicio del más elevado nivel técnico, prestado por chóferes profesionales muy experimentados, lo cual no se desprendía con claridad meridiana de los documentos presentados por los licitadores. Se convocaría una nueva licitación, precisando de manera más explícita y detallada las exigencias del Parlamento.

La demandante requirió al Parlamento, por un escrito de fecha 22 de julio de 1996, para que o bien no anulase la licitación objeto de litigio y le adjudicase el contrato, o bien la indemnizase de manera satisfactoria. Esta solicitud fue rechazada por el Parlamento por lo que la empresa recurrió ante el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas.

### **3.2 El reconocimiento de la existencia de responsabilidad extracontractual del Parlamento Europeo**

En su sentencia de 17 de diciembre de 1998, el Tribunal se planteó en primer lugar si existía responsabilidad del Parlamento derivada de un contrato público de servicios. En este sentido, la demandante entendía que se había celebrado legalmente un contrato entre las partes, y que el Parlamento renunció unilateralmente al mismo y se negó a cumplirlo en los términos y condiciones previstos.

Para el Tribunal, la existencia de relaciones contractuales entre las partes supone que estas hayan formalizado un contrato por escrito. La adjudicación del contrato únicamente podía producirse con carácter definitivo mediante la firma del contrato marco por las dos partes. Pues bien, dado que nunca se firmó el contrato marco, concluye el TPI que en el presente caso no existe un contrato válido.

Descartada la responsabilidad contractual, había que plantearse entonces la posible existencia de responsabilidad extracontractual.

La responsabilidad de la Comunidad en virtud del párrafo segundo del artículo

288 del Tratado y de los principios generales del Derecho a los que se remite esta disposición exige la concurrencia de un conjunto de requisitos en lo relativo a la ilegalidad del comportamiento imputado a la Institución, la realidad del perjuicio, así como la existencia de una relación de causalidad entre el comportamiento y el perjuicio que se alega.

En cuanto al carácter ilegal del comportamiento imputado, el TPI entiende que no concurre en el presente asunto ya que el Parlamento Europeo no estaba obligado a finalizar el procedimiento de adjudicación del contrato que había iniciado. En efecto, de acuerdo con el art. 12 de la Directiva 92/50/CE, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios<sup>8</sup>, la entidad adjudicadora, en caso de anulación del procedimiento de adjudicación, está obligada simplemente a comunicar a los candidatos o licitadores que lo soliciten por escrito los motivos por los que haya decidido renunciar a la adjudicación de un contrato ofrecido.

En el presente caso, como señaló el Tribunal, no se finalizó el procedimiento de adjudicación del contrato de servicios de transporte, y la empresa demandante no ha probado que el Parlamento, al estimar que ninguna de las ofertas recibidas era totalmente satisfactoria, incurrió en un error grave y manifiesto.

Pero ante el Tribunal también se planteó el posible comportamiento ilícito del Parlamento durante el procedimiento de licitación, en la medida en que a la demandante se le hicieron albergar esperanzas en la obtención del contrato y se le incitó a disponer todo lo necesario para que resultase operativa desde principios de enero de 1996.

En relación con el principio de confianza legítima, la jurisprudencia del TJCE señala que el derecho a reclamarlo se extiende a todo particular que se encuentre en una situación de la que se desprenda que la Administración comunitaria le hizo concebir esperanzas fundadas, siendo preciso determinar si un operador prudente hubiera podido protegerse de los riesgos en que se incurran en un determinado supuesto y que los operadores económicos igualmente deben soportar los riesgos económicos inherentes a sus actividades, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso<sup>9</sup>.

Pues bien, en el caso de autos tanto el Parlamento Europeo como la empresa demandante creían que esta última cumpliría un contrato de prestación de servicios de transporte a partir del 1 de enero de 1996. Si bien no se había pedido expresamente a la empresa que realizase las inversiones necesarias para disponer de una infraestructura que le permitiese desarrollar el servicio, está claro, razona el Tribunal, dadas las circunstancias del caso, que, al hacerlo, actuó de manera razonable y realista con el fin de cumplir las exigencias del Parlamento.

<sup>8</sup> DOCE n1 L 209, de 24 de julio de 1992.

<sup>9</sup> Véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 11 de marzo de 1987, asunto 265/85, Rec. 1987, p. 1155 y de 26 de junio de 1990, C-152/88, Rec. 1990, p. I-2477.

Por otro lado, el órgano de contratación debe respetar, en cada fase del procedimiento de adjudicación, no solamente el principio de igualdad de trato de los licitadores sino también el de transparencia. Así, una sociedad estrechamente implicada en un procedimiento de adjudicación y a la que se consideró incluso vencedora de la licitación, debe recibir, sin demora alguna, informaciones precisas referentes al desarrollo de todo el procedimiento. Sin embargo, la empresa no supo que no se le adjudicaría el contrato sino hasta 6 meses después. El Parlamento tendría, pues, que haber informado a la demandante de las razones por las que no se le encomendaría el contrato a partir del 1 de enero de 1996.

En definitiva, el Parlamento, por una parte, hizo que la demandante albergase una confianza legítima, al incitarle a asumir un riesgo superior al que corren normalmente los licitadores en un procedimiento de adjudicación y, por otra, no informó a la demandante del acaecimiento de un cambio significativo en el desarrollo del procedimiento de adjudicación. De ello deduce el Tribunal que el Parlamento incurrió en una falta que debe generar la responsabilidad extracontractual de la Comunidad.

Así, el Tribunal consideró que constituyen el perjuicio reparable los gastos y costes contraídos debido a la convicción de que se obtendría el contrato: gastos de contratación, de reconocimientos médicos, formación de los chóferes, preparación de la flota de vehículos, contrato de telefonía y aparcamiento. Además, estimó que procedía indemnizar a la demandante por el perjuicio moral sufrido (en total 5 millones de francos belgas -4'6 daños materiales y 0'4 daños morales-).

Sin embargo, al no generarse ninguna responsabilidad contractual, como hemos visto anteriormente, para el Tribunal "la demandante carece de fundamento para exigir una indemnización por su pérdida de beneficios, ya que ello equivaldría a dar efectividad a un contrato que nunca existió".

### **3.3 La aplicación de los principios generales del Derecho por el Tribunal de Justicia**

La sentencia comentada se basa pues para reconocer la responsabilidad extracontractual del Parlamento Europeo en el principio de confianza legítima.

El principio de confianza legítima puede ser invocado por todo particular al cual una Institución comunitaria haya hecho albergar esperanzas fundadas. Por el contrario, nadie puede invocar una violación del principio de confianza legítima si la Administración no le ha dado unas seguridades concretas (sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 17 de febrero de 1998, asunto T-105/96, y de 31 de marzo de 1998, asunto 129/96).

Entre los principios generales formulados por el Tribunal Europeo de Justicia sobre

la base de la extensión a todo el ámbito comunitario de la remisión a los “principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros” prevista en el artículo 288 (antiguo art. 215) del Tratado de la Comunidad Europea en relación con la responsabilidad extracontractual de la Comunidad, es preciso destacar los **derechos fundamentales** de las personas. Según reiterada jurisprudencia del Tribunal, que recuerda la sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Tercera) de 14 de mayo de 1998, asunto T-348/94:

“los derechos fundamentales son parte integrante de los principios generales del derecho cuyo respeto garantiza este Tribunal (véase, en particular, el dictamen del Tribunal de Justicia, de 28 de marzo de 1996, 2/94, Rec., p. I1759, apartado 33, y la sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de mayo de 1997, Kremzow, C299/95, Rec. p. I2629, apartado 14), de conformidad con las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, así como con los instrumentos internacionales en los que los Estados miembros han intervenido o a los que se han adherido. El Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 presenta en este orden una singular relevancia. Por otra parte, a tenor del apartado 2 del artículo F del Tratado de la Unión Europea, la Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el CEDH y tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario”.

Junto a los derechos fundamentales, el Tribunal ha ido estableciendo toda una serie de principios generales cuyo respeto impone no sólo a las instituciones comunitarias sino también a todas las autoridades nacionales encargadas de aplicar e derecho comunitario. Entre estos principios hay que resaltar, de acuerdo con la jurisprudencia reciente del TJCE, el **principio de igualdad** (como ha señalado el Alto Tribunal, las normas sobre igualdad de trato no sólo prohíben las discriminaciones abiertas basadas en la nacionalidad, sino también todas las formas encubiertas de discriminación que, aplicando otros criterios de distinción, abocan de hecho al mismo resultado -sentencia de 12 de junio de 1997-), el de **seguridad jurídica** (que tiene por finalidad garantizar la previsibilidad de las situaciones y de las relaciones jurídicas que entran dentro del ámbito del Derecho comunitario -sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de febrero de 1998-), o el de **proporcionalidad** (que exige que los actos de las Instituciones comunitarias no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos legítimamente perseguidos por la normativa controvertida, entendiéndose que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa, y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos -sentencia de 5 de mayo de 1998, asunto 157/96, sobre la enfermedad denominada de las “vacas locas”-).

#### **4. Responsabilidad en caso de incumplimiento del Derecho comunitario por parte del poder judicial**

La jurisprudencia del TJCE no deja duda alguna sobre el hecho de que los principios de responsabilidad anteriormente desarrollados también son aplicables a los órganos jurisdiccionales. Las sentencias de éstos ya no sólo pueden revisarse en las diversas instancias, sino también —en la medida en que se hayan dictado incumpliendo o infringiendo las normas del Derecho comunitario— en el marco de un proceso por daños y perjuicios ante los tribunales competentes de los Estados miembros. En dicho procedimiento también deben comprobarse de nuevo, al verificarse si ha existido violación del Derecho comunitario, las cuestiones materiales que afectan al Derecho comunitario, sin que el tribunal competente pueda ampararse en posibles efectos vinculantes de la sentencia. La instancia a la que deben dirigirse los tribunales nacionales para resolver posibles problemas de interpretación o validez de las normas de Derecho comunitario en cuestión o la conformidad con el Derecho comunitario de las normativas nacionales en materia de responsabilidad sería una vez más el TJCE, en el marco de un procedimiento prejudicial.

En la sentencia del TJCE de 30 de septiembre de 2003, asunto C-224/01, Gerhard Köbler/Republik Österreich, se aborda por primera vez la compleja cuestión de la responsabilidad de los Estados miembros por la violación del Derecho comunitario por uno de sus órganos jurisdiccionales supremos (en este caso el Verwaltungsgerichtshof austríaco).

El Tribunal de Justicia recuerda que ya estimó que el sistema del Tratado CE impone a los Estados miembros reparar los daños causados a los particulares por violaciones del Derecho comunitario que les sean imputables, cualquiera que sea el órgano del Estado que dio lugar al perjuicio (incluido, pues, el poder judicial). Esta responsabilidad es inherente al sistema del Tratado y aún más en la medida en que el Derecho comunitario tiene vocación de regular directamente la situación de los particulares. El Tribunal de Justicia menciona por otro lado la responsabilidad especial de los órganos jurisdiccionales supremos en la protección de los intereses de los particulares y se refiere en concreto al tercer párrafo del artículo 234 del Tratado CE (recurso obligatorio al Tribunal de Justicia).

El Tribunal de Justicia descarta todos los argumentos de los Estados miembros contra tal enfoque. En primer lugar, la seguridad jurídica (fuerza de cosa juzgada). Tras reconocer el valor de este argumento, el Tribunal de Justicia alega que responsabilidad civil no quiere decir cuestionamiento de la decisión final porque el objeto del procedimiento es diferente y, a menudo, las partes pueden también ser diferentes. En segundo lugar, por lo que se refiere a la independencia del juez, el Tribunal de Justicia hace una neta distinción entre responsabilidad personal del juez y responsabilidad del Estado por los actos del juez y no considera que la independencia

del juez esté comprometida por la responsabilidad del Estado. En tercer lugar, la dificultad de designar una instancia competente para entender de tales litigios no puede comprometer la protección del particular ya que los Estados miembros tienen el deber de crear instancias competentes. Menciona también el Convenio y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, según los cuales es posible conceder una compensación a las víctimas de errores judiciales, incluso cuando se trata de una jurisdicción suprema.

Sobre las condiciones de esta responsabilidad, el Tribunal de Justicia, subrayando la especificidad de la función jurisdiccional, establece que la responsabilidad del Estado derivada de una violación del Derecho comunitario por una resolución de este sólo podría argumentarse en el caso excepcional de que el juez desconociera de forma manifiesta la legislación aplicable.

Entre los criterios a considerar para reconocer una ignorancia manifiesta del Derecho comunitario el Tribunal de Justicia se refiere al grado de claridad y precisión de la norma violada, al carácter deliberado de la violación, al carácter excusable o imperdonable del error de Derecho, a la posición adoptada, en su caso, por una institución comunitaria, así como al incumplimiento por el órgano jurisdiccional afectado de su obligación de plantear una cuestión prejudicial con arreglo el tercer párrafo del artículo 234 del Tratado CE.

El Tribunal de Justicia estima a continuación que la legislación austríaca que instaura la prima de fidelidad en todas las universidades austríacas constituye un obstáculo a la libre circulación de trabajadores prohibida por el Tratado CE y que no puede justificarse. No obstante, el Tribunal de Justicia considera que, en las circunstancias del caso, el órgano jurisdiccional supremo austríaco no cometió una violación manifiesta y en consecuencia suficientemente caracterizada del Derecho comunitario lo que, por lo tanto, no genera la responsabilidad del Estado austríaco.

## **5. La responsabilidad del Estado por incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho comunitario**

### **5.1 Introducción**

La responsabilidad de los Estados miembros con relación a los perjuicios sufridos por los individuos a causa de una violación del Derecho comunitario imputable a dicho Estado fue establecida por el TJCE en su sentencia de 5 de marzo de 1996 en los asuntos acumulados C-46/93, Brasserie du pêcheur y C-48/93, Factortame. Se trata de una sentencia básica que por su importancia se sitúa en el mismo nivel que las sentencias anteriores del TJCE relativas a la primacía del Derecho comunitario, al efecto directo de las disposiciones del Derecho comunitario y al reconocimiento de los derechos fundamentales propios de la Comunidad. El propio TJCE la designa



«el corolario necesario del efecto directo reconocido a las disposiciones comunitarias cuya infracción ha dado lugar al daño causado» y refuerza considerablemente las posibilidades de los individuos de instar a los órganos estatales de los tres poderes (ejecutivo, legislativo, pero también el judicial) a cumplir y aplicar el Derecho comunitario. Como ya había hecho anteriormente en sus decisivas Sentencias *Simmenthal*<sup>10</sup> y *Van Gend en Loos*<sup>11</sup>, el Tribunal utiliza el artículo 5 del Tratado (hoy artículo 10), no obstante su concisión normativa<sup>12</sup>, para extender (esta vez no sólo desde el punto de vista procesal, sino también material) los poderes de las jurisdicciones internas<sup>13</sup>.

Con su sentencia *Factortame* el TJCE amplió su jurisprudencia introducida con las sentencias en los asuntos *Francovich* y *Bonifaci*. Mientras que entonces la responsabilidad de los Estados miembros se limitaba al caso en que los daños sufridos por el individuo se debieran a la transposición fuera de plazo de una directiva que confiere derechos a los individuos, pero que no tiene efectos directos, la sentencia *Factortame* dio lugar a un supuesto general de responsabilidad que comprende cualquier violación del Derecho comunitario imputable al Estado.

En definitiva, como ha declarado el propio Tribunal comunitario en la sentencia de 4 Jul. 2000, *Haim II*, as. C-424/1997, «... la **responsabilidad** por los daños causados a los particulares por violaciones del Derecho comunitario imputables a una autoridad pública nacional constituye un principio, inherente al sistema del Tratado, que genera obligaciones a cargo de los Estados miembros (véanse las sentencias de 19 Nov. 1991, *Francovich* y otros, asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90, Rec. p. 1-5357, apartado 35; de 5 Mar. 1996, *Brasserie du pêcheur* y *Factortame*, asuntos acumulados C 46/93 y C-48/93, Rec. p. 1-1029, apartado 31; de 26 Mar. 1996, *British Telecommunications*, C-392/93, Rec. p. 1-1631, apartado 38; de 23 May. 1996, *Hedley Lomas*, C-5/94, Rec. p. 12553, apartado 24; de 8 Oct. 1996, *Dillenkofer* y otros, asuntos acumulados C-178/94, C-179/94 y C-188/94 a C-190/94, Rec. p. 1-4845, apartado 20, y de 2 Abr. 1998, *Norbrook Laboratories*, C 127/95, Rec. p. 1-1531, apartado 106)».

10 Sentencia de 9 de marzo de 1978, Asunto 106/77, Rec. 1978, p. 629.

11 Sentencia de 5 de febrero de 1963, Asunto 26/62, Rec. 1963, p. 3.

12 Señala este precepto que “los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad. Facilitarán a esta última el cumplimiento de su misión. Los Estados miembros se abstendrán de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del presente Tratado”.

13 GARCIA DE ENTERRIA, E., “La ampliación de la competencia de las jurisdicciones contencioso-administrativas nacionales por obra del Derecho Comunitario. Sentencia *Borelli* de 3 de diciembre de 1992 del Tribunal de Justicia y el artículo 5 TCEE”, *REDA* 78 (1993), p. 309.

Como indica este mismo autor, lo singular de la aplicación que del artículo 5 hace el Tribunal en todas estas Sentencias es la deducción, en los supuestos en que no existen normas procesales internas que se hayan “adaptado” a sus exigencias, de que ese solo precepto habilita, y aún obliga, a las jurisdicciones nacionales a inventar remedios procesales que sean aptos para impartir la tutela judicial efectiva de los derechos derivados del Derecho Comunitario.

Sin embargo, concluye GARCIA DE ENTERRIA, es necesario tener en cuenta en qué condiciones ha sido creada esa doctrina (las citadas Sentencias se han producido por el cauce de la cuestión prejudicial del artículo 177 del Tratado CEE), y observar que la “invención” de remedios procesales propios, ante la insuficiencia de los remedios internos de que dispone el juez nacional, es, en realidad, obra de las Sentencias interpretativas dictadas por el Tribunal de Justicia (*op. cit.*, págs. 311 y ss.).

Pero será conveniente que analicemos a continuación el camino seguido por el Tribunal para llegar a su actual doctrina que reconoce la responsabilidad de los Estados miembros con relación a los perjuicios sufridos por los individuos a causa de una violación del Derecho comunitario imputable a dicho Estado.

## 5.2 La sentencia Francovich

El Tribunal de Justicia señaló, en la sentencia Francovich y otros, de 19 de noviembre de 1991 (LA LEY JURIS 9510/2000)<sup>14</sup>, apartado 35, que el principio de la responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por violaciones del Derecho comunitario que le son imputables es inherente al sistema del Tratado.

La cuestión que suscitó la importante Sentencia Francovich fue el incumplimiento por parte de Italia de la Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario<sup>15</sup>.

En efecto, el Estado italiano no dio cumplimiento a lo previsto en la Directiva<sup>16</sup>, por lo que unos trabajadores (Andrea Frankovich, Danila Bonifaci y otros) acudieron a los órganos judiciales nacionales correspondientes demandando la satisfacción por el Estado de sus créditos contra las empresas donde trabajaban, que habían sido declaradas en quiebra. Los órganos jurisdiccionales nacionales plantearon entonces al Tribunal de Justicia varias cuestiones prejudiciales sobre la interpretación del párrafo tercero del artículo 189 del TCE, así como de la Directiva citada anteriormente.

En la Sentencia, el Tribunal considera que los Estados miembros disponen de una amplia discrecionalidad para el cumplimiento de las disposiciones de la Directiva 80/987. Por ello, los interesados no podrán invocar los derechos que les otorga la Directiva contra el Estado ante los órganos judiciales nacionales a falta de medidas de aplicación adoptadas dentro del plazo señalado.

Sin embargo, la plena eficacia de las normas comunitarias se vería en entredicho y la protección de los derechos que reconocen se debilitaría si los particulares no tuvieran la posibilidad de obtener una reparación cuando sus derechos son lesionados por una violación del Derecho comunitario imputable a un Estado miembro.

14 Sobre la Sentencia, se pueden consultar los siguientes trabajos: SCHOCKWEILER, “La responsabilité de l’autorité nationale en cas de violation du droit communautaire”, *Revue Trimestrielle de Droit Européen* 1992, págs. 27 y ss.; MUÑOZ MACHADO, S., *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, Alianza Universidad, Madrid, 1993, págs. 101 y ss.; CAMPESAN, A. y DAL FERRO, A., “La responsabilità dello stato per la violazione degli obblighi ad esso incobenti in forza del diritto comunitaria alla luce della sentenza Francovich”, *Rivista di Diritto Europeo*, 1992, págs. 313 y ss.; y J.S. STEINER, “From direct effects to Francovich: shifting means of enforcement of Community Law”, *European Law Review*, 1993, págs. 3 y ss.

15 DOCE nº L 283 de 1980, p. 23.

16 La Comisión demandó a Italia por dicho incumplimiento, que fue declarado por el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 2 de febrero de 1989, Asunto 22/87, Rec. 1989, p. 143.

La necesidad de reparación a cargo del Estado miembro se presenta particularmente indispensable cuando, como ocurre en el presente asunto, la plena eficacia de las normas comunitarias está supeditada a la condición de una acción por parte del Estado y, por consiguiente, los particulares no pueden, a falta de tal acción, invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales los derechos que les reconoce el Derecho comunitario. De todo lo anterior resulta que:

el principio de la responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por violaciones del Derecho comunitario que le son imputables es inherente al sistema del Tratado. La obligación de los Estados miembros de reparar dichos daños se basa también en el artículo 5 del Tratado, en virtud del cual los Estados miembros deben adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que les incumben en virtud del Derecho comunitario. Entre esas obligaciones se encuentra la de eliminar las consecuencias ilícitas de una violación del Derecho comunitario (véase, en lo que respecta a la disposición análoga del artículo 86 del Tratado CECA, la Sentencia de 16 de diciembre de 1960, Humblet, 6/60, Rec. 1960, p. 1125). De todo lo expuesto resulta que el Derecho comunitario impone el principio de que los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario que les sean imputables<sup>17</sup>.

Pero el Tribunal exige la concurrencia de una serie de requisitos para que esa responsabilidad del Estado genere un derecho a indemnización. El primero de esos requisitos es que el resultado prescrito por la Directiva implique la atribución de derechos a favor de particulares. En segundo lugar se exige que el contenido de estos derechos pueda ser identificado basándose en las disposiciones de la Directiva. Por último, debe existir una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las personas afectadas.

El Estado deberá reparar las consecuencias del perjuicio causado en el marco del Derecho nacional en materia de responsabilidad. Como señala el Tribunal, a falta de una normativa comunitaria, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y regular las modalidades procesales de los recursos judiciales destinados a garantizar la plena protección de los derechos que corresponden a los justiciables en virtud del Derecho comunitario<sup>18</sup>.

Por lo demás, las condiciones de fondo y de forma establecidas por las diversas legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños no pueden ser menos favorables que las referentes a reclamaciones semejantes de naturaleza interna y no pueden articularse de manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización.

---

17 Sentencia de 19 de noviembre de 1991, *cit.*, fundamentos 33 a 37 (el subrayado es añadido).

18 Sentencia citada, fundamento 42.

Como conclusión, conviene indicar que esta acción por responsabilidad que reconoce la Sentencia Francovich compensaba el daño sufrido por el particular, pero no producía los mismos efectos que si se reconociese el “efecto directo” de las disposiciones de una directiva. En este último caso, los particulares tienen garantizado, en la mayor parte de las ocasiones, el ejercicio efectivo de los derechos que les reconocen las normas comunitarias (aunque también puede servir de base para una indemnización), mientras que la acción de responsabilidad implica el análisis por el juez nacional del daño sufrido y la concesión de una indemnización<sup>19</sup>.

### 5.3 La sentencia Factortame

Por lo que se refiere a la decisiva doctrina del Tribunal en el asunto Factortame<sup>20</sup>, hay que recordar que el legislador nacional, al igual, por otra parte, que las Instituciones comunitarias, no dispone sistemáticamente de una amplia facultad de apreciación cuando actúa en un ámbito regido por el Derecho comunitario. Este puede imponerle obligaciones de resultado u obligaciones de actuar o de abstenerse que reduzcan, a veces considerablemente, su margen de apreciación. Así sucede, en particular, en el supuesto de que, como ocurría en las circunstancias que concurrían en la sentencia Francovich, el Estado miembro está obligado, en virtud del artículo 189 del Tratado, a adoptar, dentro de cierto plazo, todas las medidas necesarias para alcanzar el resultado prescrito por una Directiva. En ese supuesto, el hecho de que las medidas que deban adoptarse incumban al legislador nacional carece de pertinencia para que exista la responsabilidad del Estado miembro debida a la no adaptación del Derecho nacional a la Directiva.

En cambio, cuando un Estado miembro actúa en un ámbito en el que dispone de una facultad de apreciación amplia, comparable a aquella de la que disponen las Instituciones comunitarias para la aplicación de las políticas comunitarias, los requisitos para que incurra en responsabilidad deben ser, en principio, los mismos de los que depende la responsabilidad de la Comunidad en una situación comparable.

En tales circunstancias, el Derecho comunitario reconoce un derecho a indemnización cuando se cumplen tres requisitos, a saber, que la norma jurídica violada tenga por objeto conferir derechos a los particulares, que la violación esté suficientemente caracterizada, y, por último, que exista una relación de causalidad directa entre la

19 MILLAN MORO, L., “La eficacia directa de las directivas: evolución reciente”, *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 18, n.º 3 (1991), p. 876.

Como observó el Abogado General Sr. MISCHO en sus Conclusiones en el Asunto *Francovich*, la acción en materia de responsabilidad posee diferente naturaleza que la acción de reclamación de pago de cantidad con arreglo a las disposiciones de una directiva que produce efecto directo. Por consiguiente, no se trata de llegar, por otro camino, al mismo resultado que si las disposiciones de la directiva tuvieran efecto directo (Conclusiones presentadas el 28 de mayo de 1991, Rec. 1991, p. I-5380, apartado 7).

20 Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La Sentencia *Factortame* (19 de junio de 1990) del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. La obligación del juez nacional de tutelar cautelarmente la eficacia del Derecho Comunitario aun a costa de su propio Derecho nacional. Trascendencia general de la Sentencia en el Derecho Comunitario y en el sistema español de medidas cautelares”, *REDA* n.º 67 (1990), p. 419.

infracción de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las víctimas.

Para el alto Tribunal europeo, estos requisitos satisfacen, en primer lugar, las exigencias de la plena eficacia de las normas comunitarias y de la tutela efectiva de los derechos que éstas reconocen.

En segundo lugar, estos requisitos se corresponden, sustancialmente, con los establecidos sobre la base del artículo 288 por el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia relativa a la responsabilidad de la Comunidad por daños causados a particulares debido a actos normativos ilegales de sus Instituciones.

En cuanto al segundo requisito, tanto por lo que se refiere a la responsabilidad de la Comunidad con arreglo al artículo 288 como en lo que atañe a la responsabilidad de los Estados miembros por violaciones del Derecho comunitario, el criterio decisivo para considerar que una violación del Derecho comunitario es suficientemente caracterizada es el de la inobservancia manifiesta y grave, por parte tanto de un Estado miembro como de una Institución comunitaria, de los límites impuestos a su facultad de apreciación.

A este respecto, entre los elementos que el órgano jurisdiccional competente puede tener que considerar, debe señalarse el grado de claridad y de precisión de la norma vulnerada, la amplitud del margen de apreciación que la norma infringida deja a las autoridades nacionales o comunitarias, el carácter intencional o involuntario de la infracción cometida o del perjuicio causado, el carácter excusable o inexcusable de un eventual error de Derecho, la circunstancia de que las actitudes adoptadas por una Institución comunitaria hayan podido contribuir a la omisión, la adopción o al mantenimiento de medidas o de prácticas nacionales contrarias al Derecho comunitario.

En cualquier caso, una violación del Derecho comunitario es manifiestamente caracterizada cuando ha perdurado a pesar de haberse dictado una sentencia en la que se declara la existencia del incumplimiento reprochado, de una sentencia prejudicial o de una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia en la materia, de las que resulte el carácter de infracción del comportamiento controvertido.

Ahora bien, el Tribunal de Justicia no puede sustituir la apreciación de los órganos jurisdiccionales nacionales, únicos competentes para determinar los hechos de los asuntos principales y para caracterizar las violaciones del Derecho comunitario de que se trata, por la suya propia. Sin embargo, este Tribunal de Justicia considera útil recordar determinadas circunstancias que podrían tener en cuenta los órganos jurisdiccionales nacionales.

En cuanto al tercer requisito, corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales

comprobar si existe una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las personas lesionadas.

Los tres requisitos contemplados anteriormente son necesarios y suficientes para generar, a favor de los particulares, un derecho a obtener reparación, sin excluir, no obstante, que, con arreglo al Derecho nacional, el Estado pueda incurrir en responsabilidad en virtud de requisitos menos restrictivos.

Como resulta de la sentencia *Francovich* y otros, antes citada, apartados 41 a 43, sin perjuicio del derecho a indemnización que está basado directamente en el Derecho comunitario cuando se cumplen los requisitos señalados en el apartado anterior, el Estado debe reparar las consecuencias del perjuicio causado, en el marco del Derecho nacional en materia de responsabilidad, teniendo en cuenta que los requisitos fijados por las legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños no podrán ser menos favorables que los que se refieran a reclamaciones semejantes de naturaleza interna y no podrán articularse de manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización (véase, también, la sentencia de 9 de noviembre de 1983, *San Giorgio*, 199/82, Rec. p. 3595).

A este respecto, las restricciones que existen en los ordenamientos jurídicos internos en materia de responsabilidad extracontractual de los poderes públicos derivada del ejercicio de la función legislativa pueden hacer prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio por los particulares del derecho a indemnización, tal y como está garantizado por el Derecho comunitario, por daños resultantes de la violación de este último.

En definitiva, en los casos en que una violación del Derecho comunitario por un Estado miembro sea imputable al legislador nacional que ha actuado en un ámbito en el que dispone de un margen de apreciación amplio para adoptar opciones normativas, los particulares lesionados tienen derecho a una indemnización cuando la norma de Derecho comunitario violada tenga por objeto conferirles derechos, la violación esté suficientemente caracterizada y exista una relación de causalidad directa entre esta violación y el perjuicio sufrido por los particulares. Con esta reserva, el Estado debe reparar las consecuencias del perjuicio causado por una violación del Derecho comunitario que le es imputable, en el marco del Derecho nacional en materia de responsabilidad, teniendo en cuenta que los requisitos fijados por la legislación nacional aplicable no podrán ser menos favorables que los referentes a reclamaciones semejantes de naturaleza interna y que no podrán articularse de manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil obtener la reparación.

#### **5.4 Los requisitos exigidos por el Tribunal para el reconocimiento de la responsabilidad de un Estado miembro**

En el ordenamiento jurídico internacional el Estado que incurre en responsabilidad por haber incumplido una obligación internacional, es considerado en su unidad, independientemente de que la violación que haya causado el perjuicio sea imputable al poder legislativo, al poder judicial o al poder ejecutivo. Con mayor razón aún debe ocurrir así en el ordenamiento jurídico comunitario en el que todas las instancias del Estado, incluso el poder legislativo, están obligadas, en el cumplimiento de sus funciones, a respetar las normas impuestas por el Derecho comunitario que pueden regir directamente la situación de los particulares.

Además, el hecho de que el incumplimiento reprochado sea, en lo que respecta a las normas internas, imputable al legislador nacional no puede poner en entredicho las exigencias inherentes a la protección de los derechos de los particulares que invocan el Derecho comunitario y el derecho a obtener reparación del perjuicio causado por dicho incumplimiento ante los órganos jurisdiccionales nacionales.

El principio conforme al cual los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario que les sean imputables es aplicable cuando el incumplimiento reprochado sea atribuido al legislador nacional.

Como recuerda el TJCE en su sentencia de 5 de marzo de 1996, la cuestión de la existencia y la extensión de la responsabilidad del Estado por daños derivados del incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho comunitario se refiere a la interpretación del Tratado, la cual, como tal, es competencia del Tribunal de Justicia.

A falta de disposiciones en el Tratado que regulen de forma expresa y precisa las consecuencias de las infracciones del Derecho comunitario por parte de los Estados miembros, ha correspondido al Tribunal de Justicia, en el ejercicio de su competencia consistente en garantizar la observancia del Derecho en la interpretación y la aplicación del Tratado, pronunciarse sobre tal cuestión según los métodos de interpretación generalmente admitidos, recurriendo, en particular, a los principios fundamentales del sistema jurídico comunitario y, en su caso, a principios generales comunes a los sistemas jurídicos de los Estados miembros. El párrafo segundo del artículo 288 del Tratado se remite precisamente a los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros en materia de responsabilidad extracontractual de la Comunidad por los daños causados por sus Instituciones o por sus agentes en el ejercicio de sus funciones.

La doctrina de la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros de la Comunidad

Europea ha sido elaborada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que ha establecido cuáles son las condiciones de fondo que necesariamente han de cumplirse para que se pueda dar lugar a esa responsabilidad, si bien la comunitarización de los requisitos llevada a cabo por el Tribunal tiene carácter subsidiario, entendida tal subsidiariedad en el sentido de que si las condiciones establecidas en el Derecho interno para declarar esa responsabilidad son menos restrictivas que las establecidas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad nada impide que el Juez nacional las aplique, ya que solo se vulneraría la jurisprudencia del Tribunal si para la declaración de responsabilidad se aplicasen condiciones más restrictivas que las establecidas por aquél.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea declara que el principio de responsabilidad del Estado es aplicable a cualquier violación del Derecho Comunitario cometida por el Estado miembro, si bien inicialmente no establece que condiciones habrán de cumplirse en cualquier supuesto de incumplimiento, limitándose en concreto a afirmar que dichos requisitos «dependen de la naturaleza de la violación del Derecho Comunitario que origine el perjuicio causado» (sentencia Francovich (LA LEY-JURIS. 9510/2000)), limitándose a establecer que requisitos deben concurrir en el caso concreto de incumplimiento de la obligación de transposición de una Directiva Comunitaria en plazo. En este supuesto el Tribunal exige que se den tres requisitos: que la norma comunitaria violada sea una norma que atribuya derechos en favor de los particulares; que el contenido de esos derechos debe ser identificado con base en las disposiciones de la Directiva y que exista nexo causal entre el resultado lesivo y el incumplimiento imputable al Estado.

Posteriormente el Tribunal fue conformando su doctrina en la materia afirmando que los requisitos exigibles en relación con la responsabilidad del Estado por violación del Derecho comunitario no deben, a falta de justificación específica, diferir de los que rigen la responsabilidad extracontractual de las instituciones comunitarias en circunstancias comparables. Afirma el Tribunal (Sentencia Factortame y Brasserie du Pêcheur) que «la protección de los derechos que los particulares deducen del Derecho comunitario no puede variar en función de la naturaleza nacional o comunitaria de la autoridad que origine el daño».

Con carácter general señala el Tribunal tres requisitos para que pueda darse lugar a la responsabilidad de un Estado miembro: a) que la norma jurídica vulnerada ha de tener por objeto conferir derechos a los particulares; b) ha de tratarse de una violación suficientemente caracterizada y c) ha de existir un nexo de causalidad directa entre la infracción de obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por el particular. El tercero de los requisitos necesarios y suficientes para dar lugar a un derecho de indemnización a favor de los particulares es el de que exista nexo de causalidad directa entre el actuar del Estado miembro, la infracción del Derecho comunitario y el resultado dañoso producido. Estos requisitos son, dice el Tribunal, necesarios y suficientes para dar lugar a la



responsabilidad, han de cumplirse por tanto los tres y si se cumplen la declaración de responsabilidad es inexcusable, ello claro está sin perjuicio de que si el Derecho nacional lo establece puede declararse la responsabilidad en virtud de requisitos menos exigentes. Se trata de requisitos que, en lo esencial, coinciden con las condiciones de responsabilidad a las que está sometida la Comunidad en una situación análoga.

El Tribunal de Justicia en su sentencia de 5 Mar. 1996, apartado 87, establece que la exclusión total del lucro cesante en concepto de daños reparables no puede admitirse en caso de violación del Derecho comunitario, tal exclusión total del lucro cesante puede hacer de hecho imposible la reparación del daño. Continúa el Tribunal afirmando que la reparación del daño ha de ser adecuada a los perjuicios sufridos y que, a falta de disposiciones comunitarias en este ámbito, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro fijar los criterios para determinar la cuantía de la indemnización, criterios que no pueden ser menos favorables que los que se refieren a las reclamaciones fundadas en Derecho interno, no siendo conforme a Derecho comunitario una normativa que limite, de manera general, el daño indemnizable únicamente a los daños causados a determinados bienes individuales especialmente protegidos excluyendo el lucro cesante sufrido por los particulares.

Ahora bien, como destaca la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2003 (LA LEY JURIS 2539/2003), debe resaltarse el porqué de la modificación de la posición del Tribunal en relación con su posición anterior. La razón está en que en el caso Francovich, al que nos hemos referido en primer lugar, el Estado no disponía de un margen de apreciación amplio para cumplir su obligación y precisamente ese margen de apreciación es lo que justifica la concepción restrictiva de la responsabilidad, de tal manera que ésta solo se dará, cuando exista un margen de apreciación amplio, si la infracción es manifiesta y grave.

Idéntico criterio mantiene el Tribunal de Justicia en el asunto British Telecommunications en el que, en relación con la transposición de la Directiva comunitaria 90/53, recordemos que en el caso que nos ocupa estamos también ante un supuesto de transposición de una Directiva, entiende que el artículo 8.1 de aquélla es un artículo impreciso y admitía, además de la interpretación dada por el Tribunal, la interpretación que le dio «de buena fe» el Reino Unido basándose en argumentos no carentes en absoluto de pertinencia. Tal interpretación, que también compartían otros Estados miembros, dice el Tribunal, no era manifiestamente contraria al texto de la Directiva ni al objeto perseguido por ésta, señalando asimismo el Tribunal, en el apartado 42 de su sentencia, que para valorar el grado de gravedad de la vulneración del Derecho comunitario ha de tenerse en cuenta la claridad y precisión de la norma vulnerada.

En la sentencia de 8 Oct. 1996 (La Ley-Juris. 355/1997), dictada con ocasión de la transposición de la Directiva 90/314 CEE relativa a viajes combinados, efectuada por la República Federal Alemana, el Tribunal establece en los apartados 24 a 28 lo siguiente:

F.J. 24. “De hecho, al afirmar que los requisitos necesarios para que la responsabilidad genere un derecho a indemnización dependen de la naturaleza de la violación del Derecho comunitario que origine el perjuicio causado, el Tribunal de Justicia consideró que la apreciación de estos requisitos variaba en función de cada tipo de situación.

25. En efecto, por una parte, una violación es suficientemente caracterizada cuando una Institución o un Estado miembro, en el ejercicio de su facultad normativa, vulnera, de manera manifiesta y grave, los límites impuestos al ejercicio de sus facultades (véanse las sentencias de 25 May. 1978, HNL, y otros/Consejo y Comisión, asuntos acumulados 83/76, 94/76, 4/77, 15/77 y 40/77, Rec. p. 1209, apartado 6, Brasserie du Pêcheur y Factortame, antes citada, apartado 55 y British Telecommunications, antes citada, apartado 42) y, por otra parte, en el supuesto de que el Estado miembro de que se trate, en el momento en que cometió la infracción, no estuviera confrontado a opciones normativas y dispusiera de un margen de apreciación considerablemente reducido, incluso inexistente, la mera infracción del Derecho comunitario puede bastar para demostrar la existencia de una violación suficientemente caracterizada (véase la Sentencia Hedley Lomas, antes citada, apartado 28).

26. Por consiguiente, cuando, como en el asunto Francovich, un Estado miembro, infringiendo el párrafo tercero del apartado 189 del Tratado, no adopta ninguna de las medidas necesarias para conseguir el resultado prescrito por una Directiva dentro del plazo señalado por ésta, dicho Estado miembro vulnera, de manera manifiesta y grave, los límites impuestos al ejercicio de sus competencias.

27. Por consiguiente, tal violación engendra en favor de particulares un derecho a obtener reparación si el resultado prescrito por la Directiva implica la atribución, a su favor, de derechos cuyo contenido pueda ser identificado basándose en las disposiciones de la Directiva y existe, además, una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las personas cuyos derechos han sido lesionados, sin que proceda tener en consideración otros requisitos.

28. En particular, no se puede supeditar la reparación del daño a la exigencia de que el Tribunal de Justicia haya declarado previamente la existencia de un incumplimiento del Derecho comunitario imputable al Estado (véase la sentencia Brasserie du Pêcheur y Factortame, apartados 94 a 96) ni a la existencia de un acto intencional o negligencia del órgano estatal al que sea imputable (véanse apartados 75 a 80 de la misma sentencia).»

El Tribunal viene a distinguir entre aquellos supuestos en que el Estado miembro goce

de un margen de apreciación más o menos amplio y aquellos otros en que se le impone una obligación para cuyo cumplimiento no gozan de ninguna discrecionalidad. En el primer caso las condiciones para que se de lugar a la responsabilidad son más estrictas que en el segundo. La diferencia está en los requisitos que deben darse en uno y otro caso para que podamos apreciar que estamos ante una violación suficientemente caracterizada del Derecho comunitario, pudiendo afirmarse ya que una violación es suficientemente caracterizada cuando un Estado infringe de forma manifiesta y grave los límites que le viene impuestos o bien cuando, cualquiera que sea el grado de la infracción, no se enfrenta a distintas opciones normativas por no disponer de margen de apreciación o ser éste mínimo. Supuesto especial es de la infracción del deber de transposición de una directiva en el plazo en ésta establecido ya que tal omisión constituye «per se» infracción manifiesta y grave y por tanto dará lugar a la obligación de indemnizar si se cumplen los otros dos requisitos, a saber, que estemos ante una norma que tenga por objeto conferir derechos a los particulares y que exista nexo causal entre la infracción y el daño.

### **5.5 La jurisprudencia española**

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 12 junio 2003 (Ponente: Sieira Míguez, José Manuel. Nº de recurso: 46/1999 Jurisdicción: CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA. LA LEY JURIS: 2539/2003), ha resuelto el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la mercantil Canal Satélite Digital contra el acuerdo del Consejo de Ministros, de 18 de diciembre de 1998, desestimatorio de la reclamación de indemnización formulada por la mencionada entidad por infracción de Derecho Comunitario. En concreto, el citado acuerdo del Consejo de Ministros desestimó la reclamación formulada como consecuencia de la aprobación del Real Decreto Ley 1/1997 de 31 Ene., y de la Ley 17/97, de 3 Mayo, que sustituyó al primero una vez convalidado por las Cortes, mediante los que se incorporó al Derecho español la Directiva 95/47 CE, de 24 Octubre 1995, del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el uso de normas para la transmisión de señales de televisión y se aprueban medidas adicionales para la liberación del sector, Directiva que fue publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas el 23 Nov. 1995 y que, conforme a lo dispuesto en su artículo 8 debía haber sido traspuesta en el plazo de nueve meses a contar desde la fecha de entrada en vigor, que tuvo lugar el mismo día de su publicación en el citado Diario Oficial, por tanto antes del 23 Ago. 1996. Entendía la recurrente que la Disposición Adicional única y el artículo 1.2 del Real Decreto Ley 1/97, reproducidos en la Ley 17/97, así como el artículo 7.a de ésta eran contrarios al ordenamiento comunitario y de ellos se derivaron daños y perjuicios para Canal Satélite Digital S.L.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea había dictado sentencia en 22 Ene. 2002 (LA LEY-JURIS. 1059059/2002), resolviendo la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo en el recurso citado, en la que tras establecer el marco jurídico

anteriormente comentado y resaltar en cuanto a la admisibilidad de la petición de decisión judicial que: «en el presente caso, a pesar de que la respuesta del Tribunal de Justicia a las cuestiones primera y segunda puede influir en la conformidad del Real Decreto-Ley 1/1997 con el Derecho comunitario y de que la apreciación de dicha conformidad no constituye el objeto del procedimiento principal, que se limita a examinar el Real Decreto 136/1997, no puede sostenerse que la respuesta a dichas cuestiones no sea útil para permitir al órgano jurisdiccional remitente determinar si el Real Decreto 136/1997 respeta el Derecho comunitario. En efecto, si la inscripción obligatoria en el registro resulta ser, en cuanto tal, contraria al Derecho comunitario, las disposiciones nacionales relativas a dicha inscripción, con independencia de cuál sea su rango normativo, no pueden considerarse aplicables»; la citada sentencia de 22 Ene. 2002, en su parte dispositiva resuelve:

«1) Una normativa nacional que prevé un procedimiento de autorización previa para que los operadores de servicios de acceso condicional puedan comercializar aparatos, equipos, decodificadores o sistemas para la transmisión y recepción digital de señales de televisión por satélite, así como prestar los servicios correspondientes, restringe tanto la libre circulación de mercancías como la libre prestación de servicios. En consecuencia, para que esté justificada con arreglo a dichas libertades fundamentales, tal normativa debe perseguir una finalidad de interés general reconocida por el Derecho comunitario y respetar el principio de proporcionalidad, es decir, ha de ser adecuada para garantizar la realización del objetivo que pretende lograr, sin ir más allá de lo necesario para alcanzarlo.

2) Para comprobar si una normativa nacional como la controvertida en el procedimiento principal respeta el principio de proporcionalidad, el órgano jurisdiccional remitente debe, en particular, tener en cuenta las siguientes consideraciones:

- para que un régimen de autorización administrativa previa esté justificado aun cuando introduzca una excepción a dichas libertades fundamentales, dicho régimen debe, en cualquier caso, basarse en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano, de forma que queden establecidos los límites del ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades nacionales, con el fin de que ésta no pueda utilizarse de manera arbitraria;
- no puede considerarse necesaria para alcanzar el objetivo perseguido una medida adoptada por un Estado miembro que, esencialmente, duplica los controles ya efectuados en el marco de otros procedimientos, bien en ese mismo Estado, bien en otro Estado miembro;
- un procedimiento de autorización previa solo es necesario si se considera que el control a posteriori es demasiado tardío para que su eficacia real quede garantizada y para permitirle alcanzar el objetivo perseguido;
- un procedimiento de autorización previa no puede considerarse conforme con

los principios fundamentales de la libre circulación de mercancías y de la libre prestación de servicios si, por su duración y por los gastos desproporcionados que genera, puede disuadir a los operadores de llevar adelante su proyecto.

3) Una normativa nacional que impone a los operadores de servicios de acceso condicional la obligación de inscribir en un registro los aparatos, equipos, decodificadores o sistemas de transmisión y de recepción digital de señales de televisión por satélite que pretendan comercializar, así como de obtener una certificación previa para tales productos antes de su comercialización, constituye un “reglamento técnico” en el sentido del artículo 1, punto 9, de la Directiva 83/189 /CEE del Consejo, de 28 Mar. 1983, por la que se establece un procedimiento de información en materia de normas y reglamentaciones técnicas, en su versión modificada y actualizada por la Directiva 94/10/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 Mar. 1994.»

Con carácter general señala el Tribunal tres requisitos para que pueda darse lugar a la responsabilidad de un Estado miembro: a) que la norma jurídica vulnerada ha de tener por objeto conferir derechos a los particulares; b) ha de tratarse de una violación suficientemente caracterizada y c) ha de existir un nexo de causalidad directa entre la infracción de obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por el particular. Estos requisitos son, dice el Tribunal, necesarios y suficientes para dar lugar a la responsabilidad, han de cumplirse por tanto los tres y si se cumplen la declaración de responsabilidad es inexcusable, ello claro está sin perjuicio de que si el Derecho nacional lo establece puede declararse la responsabilidad en virtud de requisitos menos exigentes.

Pues bien, partiendo de los requisitos establecidos por el Tribunal de Justicia para que sea exigible la responsabilidad patrimonial a un Estado por violación del Derecho comunitario, el TS examina en su sentencia los elementos que le permitirán, tras el análisis de las circunstancias del caso concreto que nos ocupa, concluir si se está o no ante un supuesto de responsabilidad patrimonial del Estado por violación del Derecho comunitario.

”A) En relación con el primer requisito, referido a una norma comunitaria que tenga por objeto conferir derechos a los particulares, ello no supone otra cosa que el que la vulneración de la norma comunitaria prive al particular del disfrute de ese derecho originándole un perjuicio individualizado y por tanto indemnizable.

Ante todo debe sentarse la premisa de que la interpretación del instituto de la responsabilidad patrimonial debe ser siempre de carácter extensivo en el sentido de que ha de ser siempre favorable a la protección del particular frente al actuar del Estado, de una parte porque así lo exige el carácter objetivo de

esa responsabilidad en el ámbito del derecho interno y de otra porque no es sino una forma de paliar las deficiencias que otras técnicas de protección de esos intereses presentan, no siendo en consecuencia razonable que el particular vea minorado su derecho a la tutela judicial efectiva en beneficio del Estado infractor. La interpretación pro particular de la responsabilidad se infiere con claridad del hecho de que los requisitos establecidos por el Tribunal de Justicia no excluyen la aplicación de criterios menos restrictivos derivados de la legislación estatal, lo que por otra parte resulta tremendamente importante en la esfera de nuestro ordenamiento jurídico en cuyo marco el instituto de la responsabilidad patrimonial del Estado tiene carácter objetivo, de modo que basta la existencia de un daño antijurídico e individualizado para que, de existir nexo causal entre el actuar de la administración y el resultado producido, opere el citado instituto jurídico.

Sin entrar ahora en la cuestión de si procede o no identificar «norma que tenga por objeto conferir derechos a los particulares» con «norma de efecto directo» –entendida ésta como aquella de la que se derivan con arreglo a la sentencia Van Gendinfoos, de 5 Feb. 1963 y Simmenthal, de 9 Mar. 1978, las siguientes consecuencias: a) no necesitan ser traspuestas o traducidas a normas de Derecho interno sino que son directamente aplicables desde que sean promulgadas en el Diario Oficial de las Comunidades, b) son normas que constituyen fuente inmediata de derechos y obligaciones tanto para los Estados miembros como para los particulares, c) son normas directamente invocables por los particulares ante los Tribunales nacionales que tienen obligación de aplicarlas– y admitiendo que no sólo las normas dotadas de efecto directo confieren derechos a los particulares, hemos de destacar que gozan de efecto directo las normas que son completas y jurídicamente perfectas y por tanto establecen obligaciones claras y precisas no condicionadas ni sometidas a término, que no están subordinadas en su ejecución o sus efectos a la intervención de ningún acto posterior ni dejan a los Estados poder discrecional para dictar las medidas de ejecución, habiendo considerado el Tribunal de Justicia como tales a las normas de los Tratados que impongan a los Estados obligaciones de abstención, y también los que impongan obligaciones de hacer, así como a los Reglamentos. En cuanto a las Directivas se les reconoce efecto directo vertical cuando sean tan precisas y detalladas que no dejen margen de apreciación al legislador nacional. En este punto conviene destacar que la Comisión Europea, en las observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia en su función de guardián de los Tratados independientes de los Estados miembros (art. 155 TCE), como consecuencia de la cuestión prejudicial suscitada por la Sección 3ª de esta Sala, en recurso 246/97, al referirse a la posible justificación de la medida afirma que: «el margen de maniobra que poseen los Estados miembros para definir objetivos legítimos sobre la base del artículo 30 CE,

o de las exigencias imperativas es inexistente en lo que se refiere al campo de aplicación de ambas Directivas, puesto que un decodificador, producido o comercializado en un Estado miembro debe poder ser comercializado en cualquier otro sin necesidad de pasar control o suplemento alguno».

En segundo lugar no cabe confundir la idea de «conferir derechos a los particulares» con la de «tener por objeto conferir derechos», de modo que no ha de ser el objeto de la directiva la atribución de derechos a los particulares, sino que esa atribución de derechos ha de ser uno de los efectos de su adecuada transposición, de tal manera que si de las medidas que el Estado está obligado a tomar se deben derivar derechos para los particulares el requisito estará cumplido.

B) El segundo requisito a que hemos venido haciendo referencia es el de la violación suficientemente caracterizada. Quizá en esto esté el nudo gordiano de la cuestión que se plantea. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia, aun cuando sostiene que es el órgano jurisdiccional nacional el que debe apreciar la concurrencia de este requisito, ha venido estableciendo unas pautas para orientar a los tribunales nacionales. Así cabe citar las siguientes como criterios a tener en cuenta en este punto: a) Nivel de claridad y precisión de la disposición infringida; b) Mayor o menor margen de apreciación de que disponga el Estado miembro en relación con la norma vulnerada; c) Carácter intencionado o involuntario de la infracción y del perjuicio; d) Excusabilidad o inexcusabilidad del error de derecho; e) Que la conducta de una institución comunitaria haya podido contribuir a la infracción del Derecho comunitario en que ha incurrido el Estado miembro.

En primer lugar hemos de recordar que, como ya se ha indicado, la infracción tendrá el carácter de suficientemente caracterizada siempre que el Estado miembro no disponga de margen de apreciación, de modo que cuanto mayor sea éste menor será el riesgo de que la infracción revista aquel carácter. Por el contrario, el riesgo será mayor cuanto más precisas sean las obligaciones impuestas por la norma comunitaria al Estado miembro. Por tanto, si la infracción de la norma es manifiesta, si la interpretación dada por el Estado miembro a la norma comunitaria es inaceptable por manifiestamente errónea, si la jurisprudencia del Tribunal ha aclarado situaciones análogas y por tanto el Estado miembro debía conocer el criterio del Tribunal y la interpretación correcta, es indudable que en estos casos la infracción será suficientemente caracterizada. Por el contrario cuando una norma pueda dar lugar a más de una interpretación conforme con el Derecho comunitario, cuando la norma resulta imprecisa y se ha actuado de buena fe por el Estado miembro, en estos casos no cabe hablar de infracción suficientemente caracterizada hábil para dar lugar a la responsabilidad patrimonial del Estado miembro.

C) El tercero de los criterios apuntado anteriormente, era el de la intencionalidad de la infracción. Ya desde ahora debemos señalar que la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros ha de ser valorada no con criterios subjetivos, no se trata por tanto de que la conducta causante del daño sea culpable, sino con criterios objetivos. Otra cosa es que esa idea de culpa pueda ser tomada en consideración para valorar si estamos o no ante una infracción suficientemente caracterizada.

El Tribunal de Justicia en su sentencia de **5 Mar. 1996 (LA LEY-JURIS. 5175/1996)** aclara de algún modo la cuestión cuando en su apartado 56 establece los cinco elementos que el órgano jurisdiccional competente puede tener en cuenta para apreciar si la infracción es o no suficientemente caracterizada, elementos que anteriormente hemos citado bajo los apartados a, b, c, d y e, entre los que se encuentra el carácter intencional o involuntario de la infracción o del perjuicio. Ahora bien, ello no supone, continúa diciendo el Tribunal de Justicia en el apartado 79 de la sentencia citada, que pueda supeditarse la obligación de reparar a la concurrencia de un requisito basado en el concepto de culpa, en consecuencia, continúa, no puede supeditarse la reparación del perjuicio a la existencia de un acto intencional o negligente del órgano estatal. Ahora bien esa intencionalidad o negligencia servirá como elemento para determinar el que la infracción deba ser considerada como suficientemente caracterizada. Quizá a esta idea debiera anudarse la de persistencia de la violación tras la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia, en estos supuestos parece indudable que la infracción tiene la consideración de suficientemente caracterizada, pero de nuevo en la sentencia antes citada el Tribunal de Justicia adelanta la posibilidad de que el Juez nacional que tiene que decidir la cuestión tome en consideración otras circunstancias entre las que se cita el conocimiento por el Estado miembro de la actitud de la Comisión.

D) Finalmente hemos de referirnos a la influencia que la conducta de una institución comunitaria haya podido tener en la omisión, adopción o mantenimiento de medidas por un Estado miembro que resulten contrarias al Derecho comunitario.

En lo que a nosotros interesa en este momento es importante destacar que la citada sentencia de 5 Mar. 1996 del Tribunal de Justicia afirma, apartado 93, que la existencia de una sentencia anterior del Tribunal de Justicia en la que se declara el incumplimiento es un elemento sin duda alguna determinante, pero no indispensable, para comprobar que se cumple dicho requisito, afirmando a continuación en el apartado 57 que en todo caso la infracción será manifiestamente caracterizada cuando ha perdurado a pesar de haberse dictado una sentencia en la que se declara la existencia del incumplimiento reprochado, de una sentencia prejudicial,



o de una jurisprudencia reiterada del Tribunal de justicia en la materia.

La existencia de una sentencia previa del Tribunal de Justicia, en consecuencia, es requisito suficiente pero no indispensable para que podamos hablar de infracción suficientemente caracterizada, y esta conclusión es especialmente relevante en el caso que nos ocupa por cuanto uno de los argumentos fundamentales de la Administración demandada es la inexistencia de esa sentencia condenatoria del Tribunal de Justicia.

Establecidos los anteriores presupuestos fácticos y la infracción que del derecho Comunitario supuso la trasposición de la Directiva 95/47CE, de 24 Oct. 1996, del Parlamento Europeo y del Consejo, hemos de concretar ya los distintos conceptos indemnizatorios reclamados por el demandante y proceder a su análisis a la luz de la prueba obrante en autos.

Reclama el demandante en concepto de daño emergente: a) 1.142.591.077 ptas. por mayores costes al tener que efectuar sus emisiones desde Luxemburgo; b) 216.665.880 ptas. por extracostes de viajes, asesoramiento jurídico, dirección letrada y asesoramiento económico para hacer valer sus derechos frente al Real Decreto Ley 1/97 y Ley 17/97; c) 93.388.928 ptas. por gastos financieros relacionados con estos extracostes. En concepto de lucro cesante reclama la demandante 1.719.713.436 ptas. por retraso en la captación de abonados y 13.468.935.854 ptas. por pérdida permanente de abonados. Las anteriores cantidades suman un total de 16.641.295.155 ptas. o lo que es lo mismo 100.016.198'21 , perjuicios que entiende originados en el período comprendido entre el 31 Ene. 1997 y el 15 Sep. 1997, fecha del Real Decreto Ley 16/97. En consecuencia los perjuicios que se entienden acreditados son los siguientes: 387.575.700 ptas., por el concepto de retraso en la captación de abonados y 4.012.548.719 ptas. por el concepto de abonados perdidos definitivamente, lo que da un resultado final de 4.400.124.419 ptas., o lo que es lo mismo 26.445.280'37 euros".

Por otra parte, la sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de mayo de 2002, sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 3ª (LA LEY JURIS: 1220134/2002), resolvió acerca de la desestimación por silencio de la solicitud presentada por la parte recurrente inicialmente ante el Consejo de Ministros el 18 de febrero de 1998, para ser indemnizados los particulares por **responsabilidad** del Estado español, por vulneración del derecho comunitario, al no trasponer al derecho nacional la Directiva 94/47/CE, del Parlamento y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmueble en régimen de tiempo compartido.

Para la Audiencia Nacional, del análisis de la jurisprudencia del TJCE y los requisitos para el reconocimiento de la responsabilidad resulta:

“(...)en primer lugar, que existió una infracción, por parte del Estado, de una norma de derecho comunitario que le obligaba a adaptar su derecho interno a la Directiva 94/47/CE, en el plazo de 30 meses en ella previsto, lo que no hizo; en segundo lugar que de dicha Directiva derivaban derechos a los particulares, como las personas físicas aquí recurrentes, que eran perfectamente identificables por las disposiciones de la propia Directiva y que no pudieron hacer valer, como el derecho de resolución «ad nutum» o posibilidad de desistimiento unilateral sin penalización alguna para el adquirente en el plazo fijado (art. 5 de la Directiva) o la prohibición de entrega de anticipos o cantidades a cuenta, hasta transcurrido el plazo para el ejercicio del derecho anterior, siendo precisamente el importe de estas cantidades las que se reclamaron ante la Administración y en las que, en definitiva, los demandantes concretan el perjuicio sufrido, el vínculo causal lo constituye, precisamente, el que la imposibilidad de ejercitar tales derechos es consecuencia directa del incumplimiento por parte del Estado, ya que conforme al derecho interno entonces vigente resultaba válida la entrega de cantidades a cuenta en el momento de suscribir el contrato y no contemplaba una posibilidad como la resolución mencionada, que posteriormente en la Ley 42/1998 se introduce como derecho de desistimiento (art. 10). No resulta necesario extenderse más en este punto ya que la propia Administración reconoce la concurrencia de todos los requisitos que se acaban de resumir en relación con las circunstancias del caso, así como de la relación de causalidad entre el incumplimiento estatal y el daño producido a los recurrentes, aunque rechaza la procedencia de indemnizar a la mayor parte de ellos, no por ausencia de tales requisitos sino por la prescripción de la acción o por no ser oponibles los contratos frente al Estado al no constar fehacientemente la fecha de su celebración.

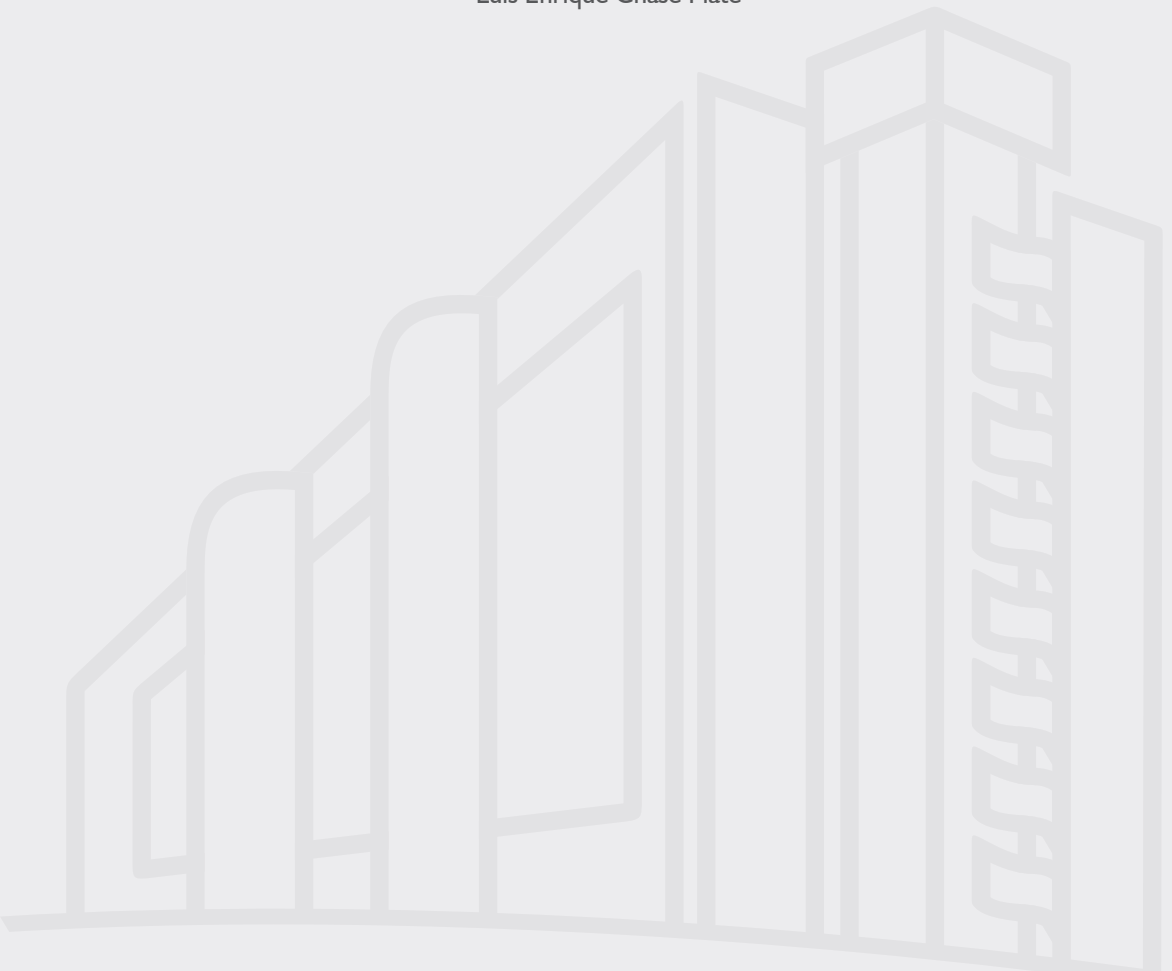
Una vez establecida la obligación del Estado de indemnizar, el procedimiento a través del cual ha de plantearse la reclamación para exigir **responsabilidad** del Estado, conforme a la propia jurisprudencia comunitaria, ha de hacerse en la forma que el derecho nacional respectivo establezca en materia de **responsabilidad** patrimonial, es decir, con las mismas condiciones que ni «... pueden ser menos favorables que las referentes a reclamaciones semejantes de naturaleza interna y no pueden articularse de manera que hagan, en la práctica, imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización» (p. ej. Sentencia del TJCE Francovich, citada). En fin, interesa resaltar que la responsabilidad patrimonial por violación del Derecho comunitario no viene configurada como una responsabilidad objetiva y por tanto la culpa no es un requisito esencial, aunque sí tiene relevancia en la medida en que puede resultar determinante para calificar una infracción como suficientemente

caracterizada; ahora bien, no podemos perder de vista que en nuestro ordenamiento la responsabilidad patrimonial del Estado es una responsabilidad objetiva y que, como hemos dicho anteriormente, los requisitos establecidos por el Tribunal de Justicia de la Comunidad le son de carácter subsidiario por lo que nada impide, en consecuencia, que el Juez nacional aplique, si su derecho así lo prevé, condiciones menos restrictivas que las establecidas por la jurisprudencia comunitaria a la hora de declarar la responsabilidad del Estado.



# EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA LEYES EN EL PARAGUAY

Luis Enrique Chase Plate





## EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA LEYES EN EL PARAGUAY

Luis Enrique Chase Plate<sup>1</sup>

**Sumario:** 1. Introducción; 2. El Derecho y la Legislación; 3. El Derecho Constitucional. Importancia de su enseñanza; 4. Las mayores falencias; 5. El principio de división de poderes; 6. La supremacía de la Constitución; 7. Los sistemas de jurisdicción; 8. La inconstitucionalidad en el Paraguay; 8.1. La Constitución de 1967; 8.2. Por la vía de la interpretación; 9. El sistema constitucional vigente; 9.1 El Poder Judicial; 9.2 La Corte Suprema de Justicia; 9.3 Las Salas de la Corte; 9.4 La Sala Constitucional; 9.5 La Sala Civil y Comercial; 9.6 La Sala Penal; 10. El efecto de la Declaración de inconstitucionalidad; 11. El Derecho Procesal Constitucional.

### I. Introducción

Antes y ahora, he meditado sobre la importancia y la supremacía de la Constitución, y el Derecho Constitucional, en una sociedad organizada jurídicamente. La Constitución es la Ley Superior, la columna vertebral, a la que se deben someter todas las normas jurídicas. Todo el ordenamiento jurídico de un Estado o de una nación, tiene que estar estructurado, teniendo en cuenta los principios y los valores que sustenta la Constitución. La Constitución define los valores y principios fundamentales de la comunidad política. Contiene no solo normas imperativas, sino que esas normas manifiestan un sentido, una dirección, una indicación, un deber ser, en cuanto a la declaración de los derechos fundamentales del ciudadano y la forma de organización de los poderes públicos. Básicamente la Constitución puede resumirse con dos pilares fundamentales. El contenido del Derecho Constitucional es esencialmente, primero, RECONOCIMIENTO DE DERECHOS, y segundo, ORGANIZACIÓN DE LOS PODERES, para salvaguardar la libertad. Estas normas declaran y protegen los derechos fundamentales de los ciudadanos y organizan jurídicamente *el poder público*, que debe estar sometido al Derecho. Dice López Guerra <sup>(2)</sup> que “teniendo en cuenta su origen histórico, las normas de Derecho Constitucional se caracterizan por buscar

---

<sup>1</sup> Abogado. Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad Nacional de Asunción, con la máxima calificación de “Summa Cum Laude”. Profesor Titular de Derecho Administrativo y de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Asunción. Actual Embajador del Paraguay ante la República Oriental del Uruguay.

Profesor Honorario de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, Colombia. Doctor Honoris causa por la Universidad de la Rioja, Argentina. Ex Profesor de Derecho Internacional Público de la Academia Diplomática y Consular del Ministerio de Relaciones Exteriores. Profesor Titular Visitante de la carrera de especialización en Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Belgrano (Buenos Aires, Argentina), dictada en colaboración académica con la Universidad de Roma “La Sapienza” (Roma, Italia). Profesor Invitado del Instituto Nacional de Administración Pública de España-INAP. Ministerio de Administraciones Públicas. Madrid, España. Miembro de Numero de la Academia paraguaya de Derecho y Ciencias Sociales. Visitante del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, UNAM. Visitante Distinguido de la Ciudad de Veracruz, nombrado por el H. Ayuntamiento de Veracruz.

Catedrático y Embajador, ha ocupado altas funciones públicas en el Poder Judicial, en la Cancillería y en la diplomacia.

Autor de libros y monografías sobre Derecho Administrativo, Derecho Constitucional y Derecho Internacional y artículos en Revistas especializadas a nivel internacional.

<sup>2</sup> López Guerra, Luis. INTRODUCCION AL DERECHO CONSTITUCIONAL. Valencia, España, 1994.

la garantía de la libertad en el seno de la comunidad política”. Que las normas del Derecho Constitucional dan “lugar a la dualidad típica del Derecho Constitucional, en cuanto este pretende asegurar a la vez libertad y orden”.

## 2. El Derecho y la Legislación

Yo he señalado en la cátedra, sobre uno de los graves problemas que afecta a la enseñanza: la crisis de las Facultades de Derecho en el Paraguay. No son propiamente Facultades de Derecho sino Facultades de Legislación. Se exigen a los alumnos, en los exámenes, que se aprendan de memoria la ley o el código. Es un tormento para el estudiante. Y no digamos cuando se trata del proceso. Los estudiantes se convierten en simples memoriones, no tienen capacidad de discernimiento ni criterio jurídico, no pueden hacer uso del razonamiento ni de la lógica jurídica. De ninguna manera estamos en contra de la memoria como “potencia del alma, por medio de la cual se retiene y recuerda el pasado”. El estudiante ha olvidado el hábito de la lectura de las obras jurídicas y de las letras. En consecuencia, solo le es posible conocer el texto de la ley. No requiere de más preparación. No estamos en contra del uso de la memoria sino del método de enseñanza, tan arcaico y primitivo, rechazado ya por Pestalozzi y Rousseau, que formaron las bases de la educación moderna. ¿Pero qué ocurre, años después? Estos estudiantes se convierten en profesionales abogados, y observan con pena, que las leyes que habían estudiado en la Facultad ya están derogadas, y lo que es peor, reemplazadas por otras que poco o nada se compadecen entre sí. Esta situación es alarmante. La gran falencia de los egresados de nuestras casas de estudios es, precisamente, su orfandad en los conocimientos de los *principios generales del derecho*. Tienen escaso conocimiento de Filosofía del Derecho, porque no han llegado a las fuentes de las teorías del derecho, o han leído muy poco o, a veces nada, a los autores clásicos y contemporáneos, en sus seis años de la carrera. Es un período de enseñanza -tal como denunciaba Fernández Bulté<sup>(3)</sup> de “lastrado normativismo y formalismo, sin especulación jusfilosófica y con desigual tratamiento doctrinal, pero siempre con prevalencia del positivismo que abrevaba, consciente o inconscientemente, en las ideas de Kelsen”. Fernández Bulté propiciaba, la consigna de “enseñar derecho y no legislación”. El ex decano, eximio orador y catedrático cubano, dice: “Con enorme satisfacción advertíamos que esa tendencia era predominante en los medios académicos más lucidos de nuestra América. En la reunión de decanos de Facultades de Derecho, efectuada en Buenos Aires en 1988 por auspicios de la UDUAL, razonábamos nuestra posición y encontrábamos no el eco, lo cual sería pretencioso, sino la concordancia absoluta de este punto de vista con el sostenido por la brumadora mayoría de los decanos de Facultades hermanas de América”.

Pienso que se requiere buscar la raíz y motivación de la reflexión filosófica sobre el Derecho. Entender que el mundo de conocimientos jurídicos del abogado no es

3 Fernández Bulté, Julio. FILOSOFIA DEL DERECHO. Ciudad de La Habana, Cuba. 1997.



plenario. El Derecho como Ciencia de la Cultura requiere algo más que la ley formal. Hay que despertar a Carlos Octavio Bunge, Enrique Martínez Paz, Carlos Cossio y a otros.

El Derecho no puede constituir una ciencia alejada y más bien aislada de la filosofía de la historia y de la antropología filosófica. Más aun las ramas como el Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo. Incluimos al Derecho Administrativo, como Derecho Subconstitucional, como rama que desarrolla los enunciados de la Constitución en su relación más compleja: las relaciones entre el ciudadano y el Estado. La sociedad está organizada con valores y principios de convivencia humana, que se forjan no en forma instantánea, como invento del jurista o del convencional constituyente, sino en raíces profundas y costumbres inveteradas. Ideas, proclamas y aspiraciones que se forjan en una lucha por el derecho, que no se resuelven en una o dos décadas, sino que son el producto de siglos. El Derecho Constitucional tiene surgimiento histórico, en momentos determinados de grandes acontecimientos históricos que cambiaron la faz de la humanidad. Su consagración, en comparación con el Derecho Civil es relativamente moderna. El Bill of Rights, 1689 de la Gloriosa Revolución inglesa y las proclamas de las revoluciones norteamericana y la francesa han marcado una senda que ya no es posible retroceder. La Declaración de Independencia de los Estados Unidos, 1776, la Constitución norteamericana de 1787, así como la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, son los hitos que marcan los principios fundamentales del constitucionalismo. Con estos monumentos también debemos agregar la Constitución de Cádiz de 1812 y las tres primeras Constituciones de Francia. No olvidamos el constitucionalismo antiguo, ni la Constitución romana o el constitucionalismo medieval, sino que ponemos énfasis a este constitucionalismo “moderno”, que hoy nos rige para la “afirmación de la radical libertad del individuo” en la comunidad política, que consagra además la dualidad típica del Derecho Constitucional, para asegurar a la vez la *libertad* y el *orden*.

La Justicia Constitucional y la Administrativa deben tener celeridad y eficacia, en un Estado democrático de Derecho, un Estado de Derecho como indicaba Bobbio. Decía Bobbio (4): “Por estado de derecho se entiende en general un Estado en el que los poderes públicos son regulados por normas generales (las leyes fundamentales o constitucionales) y deben ser ejercidos en el ámbito de las leyes que los regulan, salvo el derecho del ciudadano de recurrir a un juez independiente para hacer reconocer y rechazar el abuso o exceso de poder. Entendido así, el estado de derecho refleja la vieja doctrina, que se remonta a los clásicos y que fue transmitida por las doctrinas políticas medievales, de la *superioridad del gobierno de las leyes sobre el gobierno de los hombres*, según la fórmula *lex facit regem*, y que sobrevive también en la época del absolutismo cuando la máxima *princeps legibus solutus* fue entendida en el sentido de que el soberano no estaba sujeto a las leyes positivas que el mismo dictaba, pero estaba sujeto a la leyes divinas o naturales y a las leyes fundamentales del reino”.

4 Bobbio, Norberto. LIBERALISMO Y DEMOCRACIA. Pág. 18. Fondo de Cultura Económica. México, 2001.

En esa eterna lucha de la libertad contra el Poder, la Justicia Constitucional y la Administrativa, deben constituir un pilar de protección de los derechos fundamentales del ciudadano. No para derrumbar el orden ni para atentar contra la seguridad, sino para afianzar la dualidad del orden y la libertad. De lo contrario, la sociedad sería un caos, propicio para instaurar un régimen despótico. La Ley, en su fin teleológico, no hace sino imponer orden a la conducta humana. Y ese orden jurídico está garantizado por la coercibilidad, como principio de derecho. El Derecho lleva consigo la coercibilidad, la sanción y la coacción. La sanción es elemental para el cumplimiento de las leyes, principalmente, en materia penal. La coacción es un acto legal de fuerza, la facultad del Estado para hacer uso de la fuerza pública para el cumplimiento de la ley, de modo a imponer la libertad y el orden.

Baltasar Gracián, que junto con Francisco de Quevedo son la expresión más acabada del conceptismo barroco, decía que “*lo bueno si breve dos veces bueno*”, en su famosa obra “Agudeza y arte de ingenio”.

Este trabajo es una exposición breve que exhibe la crítica y los aciertos de dos aspectos fundamentales en la vida de una nación, para que la misma se integre a un sistema de un Estado democrático de Derecho. En primer lugar, trata de la *jurisdicción constitucional*, como *tribunal de la libertad* y trae la cuestión de la nueva revisión de la doctrina rousseauiana de la **infabilidad del Parlamento**, como expresión de la *voluntad general*. La influencia de Juan Jacobo Rousseau, en los constituyentes norteamericanos, no fue óbice para fundar la jurisdicción constitucional, que no siempre coincidió con el inicio del fenómeno constitucional. Frente al rechazo europeo a la figura procesal del recurso contra la inconstitucionalidad de las leyes, en los Estados Unidos de América, surgieron los tribunales que aseguraron el control de constitucionalidad de las leyes. Rousseau influyó sobremedida en el posicionamiento europeo, frente a la desconfianza del juez de este sistema.

Los jueces norteamericanos han elaborado la doctrina de la *judicial review*, considerada como originada en Europa y le ha dado la doctrina y la jurisprudencia el rol de la función de **“guardián de la Constitución”**. A pocos años de la vigencia de la Constitución norteamericana, John Marshall, en 1803, elaboro como soporte jurídico constitucional la doctrina de supremacía de la Constitución, al expresar en la famosa sentencia “*Marbury versus Madison*” el principio esencial de todas las Constituciones democráticas escritas de la supremacía de la Constitución sobre todas las normas jurídicas que se promulgaren en los Estados Unidos de América.

Llegó después la concepción de Hans Kelsen y la recepción en Europa de la doctrina de la revisión judicial, implantándose la jurisdicción constitucional, que surge tras la Primera Gran Guerra Mundial.

Jellinek contribuyó también para esta implantación, en un estudio, ya en el año 1885, publicado en 1928 en una obra “*Un Tribunal Constitucional Supremo para Austria*”.

Kelsen, en su “*Teoría General del Derecho y del Estado*” sostiene que en el orden jurídico, en especial aquel cuya personificación constituye el Estado, no es un sistema de normas coordinadas entre sí que se hallen, por así decirlo, una al lado de la otra, en un mismo nivel, sino que se trata de una verdadera jerarquía de diferentes niveles de normas. Dice el maestro que su unidad viene dada por el hecho de que la creación de una norma (la de grado más bajo) se encuentra determinada por otra de grado superior, cuya creación es determinada a su vez por otra todavía más alta. Lo que constituye la unidad del sistema es precisamente la circunstancia de que tal *regressus* termina en la norma de grado más alto o norma básica, que representa la suprema razón de validez de todo el orden jurídico.

He tratado de recrear nuevamente la funcionalidad del modelo norteamericano frente al modelo europeo-kelseniano y la problemática del perfil orgánico de las instancias titulares de la jurisdicción constitucional.

Arthur Kaufmann en la Universidad de Múnich, después de 35 años de ininterrumpida actividad docente, escogió el tema de la postmodernidad en la Filosofía del Derecho. Argumentaba sus meditaciones sobre el discurso de la justicia. Decía “*necesitamos un fenómeno que es al mismo tiempo ontológico y procesal*”. Lo que se busca sólo puede ser el hombre, pero no el hombre puramente empírico, ni tampoco el hombre meramente como *noumeno*, sino el hombre como persona, es decir, como el conjunto de relaciones en que se encuentra el hombre con los otros hombres o con las cosas. Hoy repetimos lo que ya había dicho Hegel “*el mandamiento del derecho es: sé una persona y respeta a otros como personas*”.

### **3. El Derecho Constitucional. Importancia de su enseñanza**

El constitucionalismo moderno, formado en las gradas de la lucha por la libertad y la dignidad del hombre, nace en las postrimerías del siglo XVIII cuando en los Estados Unidos de América, después de obtener la independencia en la Guerra Revolucionaria (1775-1783) y en la Revolución Francesa (1789-1799), se postula poner freno al poder y limitar su omnipotencia. Se intenta para el ciudadano garantías y seguridades para sus bienes materiales y espirituales y su libertad. Refiriéndose a la Revolución Francesa, Tocqueville dijo: “No tuvo solo por objeto cambiar un gobierno antiguo, sino abolir la forma antigua de la sociedad”. Las dos grandes manifestaciones norteamericanas, la Declaración de Independencia (4 de julio de 1776) y la Constitución de los Estados Unidos de América (1787) y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, con las tres primeras Constituciones de Francia, marcan en Occidente la vigencia de un tipo especial de normas jurídicas que tienen supremacía sobre todas las demás. Se trata de la supremacía de la Constitución y de una nueva

forma de organización de la sociedad: el Estado democrático constitucional. Habrá de tener vastísima influencia e impacto en la evolución del Derecho, aquella famosa prescripción del Art. 16 de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano que decía: “Toda sociedad en la cual no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes no tienen Constitución”.

Sin embargo, los fundadores de la Ciencia Política y del Derecho Constitucional se encuentran en la antigüedad. Las obras de Platón, Aristóteles y Cicerón decían: son hoy reputadas clásicas. Hay que reconocer el mérito de Aristóteles como el grande y verdadero fundador de la Ciencia Política y Constitucional. El Príncipe de Maquiavelo, “El Contrato Social” de Rousseau, “El Espíritu de las Leyes” de Montesquieu y “El Leviatán” de Hobbes, constituyen la tetralogía, fascinante de la ciencia política. Citemos especialmente al abate Sieyès en “Que es el Tercer Estado”. La filosofía de la Ilustración con los enciclopedistas y los ensayos “The Federalist” publicados en 1788 han sido dos de las aportaciones más importantes a la teoría constitucional. Citemos a Grocio, Huber, Puffendorf, Thomasius Wolf, Bodin, Locke, Spinoza. En nuestro tiempo, Ortega con la historicidad de la vida humana, así como Jacques Maritain, ilustre filósofo cristiano.

Hoy cobra nuevamente importancia en el ámbito nacional el Derecho Constitucional. Ese Derecho, cuya finalidad específica, al decir de Linares Quintana “es la consagración práctica de la libertad y la dignidad del hombre en la sociedad a la vez que la realización efectiva de la justicia mediante el imperio del derecho”. El Derecho Constitucional no puede ser comprendido como un simple enunciado de normas positivas imperantes en un determinado tiempo. El estudio de la ciencia política y de la ciencia del Derecho Constitucional no puede separarse, porque están indisolublemente unidos a la historia de las ideas políticas y a la filosofía de la historia. Duverger decía que el “desenvolvimiento de la ciencia política está de hecho, íntimamente ligado a la historia profunda de la ciencia política, no puede estar separada de la historia de las ideas políticas”. Aristóteles, que con la Constitución de Atenas se convierte en el primer tratadista del Derecho Constitucional en la historia, afirmaba que la más importante rama del saber, en la sociedad humana, es la ciencia política. En su “Ética a Nicomaco” decía: “Un primer punto que puede tenerse por evidente es que el bien se deriva de la ciencia soberana, de la ciencia más fundamental de todas y esta es precisamente la ciencia política. Ella es, en efecto, la que determina cuales son las ciencias indispensables para la existencia de los Estados, cuales son las que los ciudadanos deben aprender y hasta qué grado deben poseerlas. Además es preciso observar que las ciencias más estimadas están subordinadas a la política, me refiero a la ciencia militar, a la ciencia administrativa, a la retórica. Con ella se sirve de todas las demás ciencias prácticas y prescribe también, en nombre de la ley, lo que se debe hacer y lo que se debe evitar, podría decirse que su fin abraza los fines diversos de todas las demás ciencias; y por consiguiente el de la política será el verdadero bien, el bien supremo del hombre”.

#### 4. Las mayores falencias

Una de las mayores falencias, en el pasado y en el presente de la historia de la nación paraguaya, ha sido precisamente el desconocimiento de las reglas y principios que deben guiar a gobernantes y gobernados, al poder y al ciudadano. Colocar al poder por encima del Derecho ha sido una de nuestras mayores tragedias. De allí la importancia que asume, la enseñanza del Derecho Político, hoy denominada la *Ciencia del Poder*, en especial del Derecho Constitucional, para la formación del espíritu cívico del individuo. Esta enseñanza debe comenzar –en un país de poca tradición democrática- en las aulas del ciclo secundario, porque “ignorar la Constitución es como vivir como extranjero en su patria”. Si la biología, la botánica o las matemáticas, ayudan a la formación científica del estudiante, no es menos importante que los principios fundamentales básicos de la Constitución, también deben formar la proyección moral y cívica del hombre en la sociedad. Sin conocimiento de la organización del Estado y de los derechos fundamentales, no se puede transitar por el camino de la legalidad, ni hacia un Estado del Derecho, sino hacia el atajo que perturba el ejercicio de un Estado Constitucional democrático. Haberle ya pregona la “teoría de la Constitución como Ciencia Jurídica de los Textos y la Cultura. El renombrado catedrático, caracterizado por Diego Valades como “un jurista para el siglo XXI”, se refiere al esfuerzo en Europa para llegar a un “manual europeo de historia” y ediciones europeas de la literatura y la música, la historia de la pintura y la arquitectura, escrito por grandes autores. Se pregunta si: “No sería el momento de trabajar en un “manual europeo común de derecho Constitucional”? Dice Haberle (5) que en “El Estado constitucional democrático, los ciudadanos y los seres humanos, su dignidad humana, constituyen la “premisa antropológico-cultural”; ellos se “dan” la Constitución a sí mismos, como lo indican apropiadamente algunos de los nuevos textos constitucionales alemanes”. “Por último, la Constitución es un “pacto de las generaciones”, a través del cual se realiza la constitución del pueblo de una manera tangible para la ciencia cultural”. Nosotros, apenas estamos pidiendo un pequeño y básico esbozo o Manual de Derecho Constitucional, que sea parte del Plan de Estudios de todos los centros de enseñanza pre-universitaria y de las carreras de mandos medios.

Dijimos que la exposición meramente descriptiva de la Constitución no es ciencia, sino que representa el anquilosamiento de una rama del saber jurídico que está íntimamente ligada a la filosofía política y a la historia del hombre y sus instituciones. No debe desconocerse la serie de enfoques como el filosófico, jurídico, sociológico, histórico, y aun el psicológico, etc., que informan el contenido y el continente del Derecho Constitucional. El gran maestro García de Enterría dice que “la Constitución es el contexto es el contexto necesario de todas las leyes y de todas las normas”. Por tanto, ninguna rama del derecho puede interpretarse desentendida de la Ley

5 \* PETER HABERLE. EL ESTADO CONSTITUCIONAL. Universidad Nacional Autónoma de México. México 2001. Pág. 11 y sgtes.

Fundamental, sino dentro de un ordenamiento que es un todo. La lucha por el Derecho no ha terminado. Poner freno al Poder y asegurar la libertad del ciudadano no ha sido ni es tarea fácil. Las leyes que producen los Parlamentos, cada día más, restringen los derechos del ciudadano, convirtiendo al Estado en un policía feroz que todo lo domina y que todo lo dirige. Por ello se ha dicho que el derecho Constitucional es el cimiento de todo el edificio jurídico de una nación. Kelsen expresaba que constituye el fundamento de todo el derecho restante.

La quiebra del orden constitucional es la ruptura de un Estado de derecho. No importa cuán pequeña o importante sea la norma violada. Ella acarrea, el debilitamiento de todo el edificio jurídico de una nación y conduce al entierro de un Estado democrático de Derecho. Decía Alberdi, valiente defensor del Paraguay, en carta a Juan Maria Gutiérrez, desde su exilio en Paris, en 1851 y 1862, que “una buena cátedra de derecho público puede hacer mas servicios a la unión nacional y a la integridad de la República, que todos los trabajos de la guerra y de la diplomacia; los resultados no se obtendrán al día siguiente pero se obtendrán infaliblemente más tarde”. El autor de las “Bases” y El Crimen de la Guerra, expresaba también, no sin pena, lo siguiente: “Que de cuestiones de las que dividen y ensangrientan nuestro país hace medio siglo no se hubieran simplificado si en las aulas nos hubiesen familiarizado con simples y buenas nociones de derecho público constitucional y con el derecho administrativo” Estos pensamientos del autor de la Constitución argentina cobran vigencia inusitada en el Paraguay. Para que la educación sea eficaz, fructífera e integral debe brindarse ya al joven estudiante secundario y al ciudadano común la noción de la función y el fin del Estado y los derechos fundamentales que garanticen la libertad. No se puede comprender al mundo que nos toca vivir sin conocer los rudimentos de la ciencia política y la constitucional.

## 5. El principio de división de poderes

El *principio de división de los poderes* se formula en el pensamiento de la filosofía política de la ilustración, como un mecanismo destinado a asegurar la vigencia de los derechos fundamentales del hombre y dar racionalidad a la organización del Estado. Es un principio esencial en el *Estado democrático de derecho*, a tal punto que el art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de la Revolución Francesa, 1789, expresa que toda sociedad en la que la separación de los poderes no esté determinada, no tiene constitución.

Este principio persigue una estructura racional de los órganos del Estado. La idea dominante del sistema absolutista, de que el Rey lo era “por la gracia de Dios”, es reemplazada por el sistema del gobierno de la ley, y que solo a la ley el hombre le debe obediencia.

La doctrina de la *separación de poderes* ha sido elaborada por los pensadores de la

filosofía de la ilustración, conocido con el nombre de “Siglo de las Luces”, teniendo como modelo la experiencia inglesa. El sistema constitucional Ingles nos demuestra, en el siglo XVIII, lo que se da en llamar los “controles”, los “pesos”, los “obstáculos” y los “frenos”. Montesquieu <sup>(6)</sup> elabora una teoría que es primordial para el derecho constitucional liberal, en su famosa obra “Del espíritu de las leyes”, cuya preocupación fundamental es como impedir la tiranía. Decía el pensador francés que “es una experiencia eterna, que todo hombre que tiene poder siente la inclinación de abusar de él, yendo hasta donde encuentra límites. ¡Quién lo diría! La misma virtud necesita límites. Para que no se pueda abusar del poder es preciso que, por la disposición de las cosas, **el poder frene al poder**”. Mientras Rousseau <sup>(7)</sup> elabora las bases del sistema de la voluntad general y de la democracia, Montesquieu afirma que el principio se sustenta sobre lo siguiente: a) que cada función ha de tener una cabeza distinta (función legislativa, ejecutiva y judicial); y b) los poderes se vinculan y se coordinan mutuamente por un mecanismo de controles recíprocos.

El principio de división de poderes fue acogido en todas las Constituciones en las que impera el Estado de Derecho democrático, y que proclaman las libertades individuales. La han adoptado las constituciones europeas y americanas, iniciándose con la de los Estados Unidos de América.

El sistema constitucional paraguayo ha incorporado este principio fundamental del Estado de Derecho. La estructura y la organización del Estado paraguayo se basa en un sistema de separación, equilibrio, coordinación y recíproco control entre los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial (Art. 3 Constitución).

## 6. La supremacía de la constitución

La ordenación de los poderes del Estado por la Constitución tiene como consecuencia que estos se encuentren sometidos a los mandatos constitucionales. En pura lógica, ello significa que los mandatos de los poderes del Estado no podrán contradecir los mandatos de la Constitución, que los crea y regula: de otro modo, la regulación constitucional sería inútil. Los poderes del Estado, y su actividad (Legislativa, Ejecutiva, Judicial) derivan su legitimidad de la Constitución, que es la norma que los habilita para actuar. Sin un poder público actúa fuera de los límites fijados por la Constitución, su actuación no puede considerarse legítima, pues carecerá de base o justificación en Derecho.

Esto es también aplicable al poder legislativo, y, en general, a todo poder que cree normas. En todo caso, estas deberán obedecer a los principios constitucionales. Por lo tanto, la Constitución se configura como norma suprema e inatacable, con un rango superior al resto del ordenamiento jurídico. La afirmación de la supremacía de

6. MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondad, Barón de Montesquieu. *DEL ESPIRITU DE LAS LEYES*. Buenos Aires, Argentina, 1972.

7. ROUSSEAU, Jean Jacques. *EL CONTRATO SOCIAL*.

la Constitución, no es, en pura lógica, necesaria, pues resulta de su misma función de *norma normarum*. Pero no es infrecuente que se haga constar tal supremacía en el mismo texto constitucional. Como ejemplo, citamos, la Constitución norteamericana de 1787, que en su artículo VI declara que “Esta Constitución y las leyes de los Estados Unidos que en Virtud de ellas sean creadas; y todos los Tratados previamente celebrados o que se celebren bajo la Autoridad de los Estados Unidos serán la Ley suprema de la Nación; y los jueces de cada Estado estarán obligados a acatarla, aun cuando hubiere alguna Disposición en Contrario a la Constitución o en las Leyes de cualquier Estado”. La Constitución española de 1978 establece que “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico” (Art.9.1).

La importancia práctica de esta supremacía se traduce en la posibilidad de declarar inconstitucionales y nulas las disposiciones y actos que contradigan la regulación constitucional: posibilidad que resulta de la existencia de una jurisdicción constitucional. El artículo 137 de la Constitución paraguaya establece esta supremacía de la Constitución, al expresar lo siguiente: “La ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado.”

El último párrafo del artículo dice que “carecen de validez todas las disposiciones o actos de autoridad opuestos a lo establecido por la constitución”

## 7. Los Sistemas de Jurisdicción

La jurisdicción constitucional de la “*judicial review*”, aparece en los Estados Unidos de América, coincidentemente, con la Constitución de 1787. Mientras, en Europa se rechaza la figura procesal del recurso o la acción de inconstitucionalidad, por motivos que son de raíz histórica. Fernández Segado <sup>(8)</sup>, con la claridad que caracteriza su enjundiosa obra, explica la razón de las posiciones diferentes, entre América-Europa. Dice lo siguiente: “Muchos son los argumentos esgrimidos para justificar el rechazo europeo a la figura procesal del recurso contra la inconstitucionalidad de las leyes. Gottfried Dietze sintetiza las razones para el establecimiento de la “*judicial Review*” en América y su rechazo en Europa, en la existencia de muy dispares condiciones sociales en el momento de sus respectivos procesos revolucionarios. En América, el Parlamento inglés aparecía como “the great oppressor”, siguiéndole en tal papel el Rey y su Gobierno. Por contra, a los Tribunales corresponde “the role of the liberator”. En Europa, la situación era casi diametralmente opuesta. El monarca era el tirano, asistido por sus jueces, y, precisamente por ello, la liberación había de ser la tarea de la Cámara legislativa en cuanto órgano de representación popular”.

8 Fernández Segado, Francisco. EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. Madrid 1992. Pág. 1035.



En una magistral obra, al analizar la invención norteamericana de la “Judicial Review” y su papel central en el sistema, García de Enterría <sup>(9)</sup>, dice que el “tribunal Constitucional es una pieza inventada de arriba abajo por el constitucionalismo norteamericano y reelaborada, en la segunda década de este siglo, por uno de los más grandes juristas europeos, HANS KELSEN. Su punto de partida es, como se comprende, que la Constitución es una norma jurídica, y no cualquiera, sino la primera entre todas, *lex superior*, aquella que sienta los valores supremos de un ordenamiento y que desde esa supremacía es capaz de exigir cuentas, de erigirse en el parámetro de validez de todas las demás normas del sistema”.

Señala García de Enterría, una de las cumbres del pensamiento jurídico europeo, que esta concepción de la Constitución es ella misma la gran creación del constitucionalismo norteamericano, la gigantesca aportación de este constitucionalismo a la historia universal del Derecho. Está bien establecido que ésta concepción incorpora, -dice- por una parte, la tradición del derecho natural en su versión puritana y laica, la de Locke, como *lex legum* y como *lex inmutabile*.

El Paraguay sigue el sistema austriaco, el “*sistema concentrado*” creación Kelseniana, frente al sistema norteamericano, el “*sistema difuso*”. En el sistema norteamericano cualquier Juez puede declarar la inconstitucionalidad de una ley, lo que no ocurre en los Estados europeos, reacios, en un principio, hasta después de la Segunda Guerra Mundial, a otorgar tanto poder a los tribunales. En el sistema concentrado, solo tiene competencia un tribunal de cúpula del Poder Judicial o una Corte Especial. Para tener cabal entendimiento del problema se requiere un análisis más extenso. Estas páginas, apenas, son una aproximación al tema. La supremacía normativa de la Constitución, influyó para la creación del órgano llamado *Tribunal Constitucional*, en los países europeos, cuya competencia será declarar la inconstitucionalidad de las leyes dictadas por el Parlamento. En el sistema “concentrado”, se establece un único órgano competente, y ningún otro puede asumir este rol. En algunos casos, cuando la Constitución no crea el Tribunal Constitucional, la competencia se reserva a una Sala de la Corte Suprema de Justicia. Es un Tribunal de máxima jerarquía. Esta cuestión ha llevado a una verdadera revisión de la doctrina Roussoniana, de la *infabilidad del Parlamento*, que constituye la expresión de la *voluntad general*. La teoría sustancial del Derecho Político, avanzará enormemente, con la introducción de la idea de la *voluntad general* de Juan Jacobo Rousseau. Decía Bergson: “Pero una de las más hondas influencias que se hayan ejercido sobre el espíritu humano desde Descartes... es incontestablemente la de Juan Jacobo Rousseau.... Ella perdura aun sobre nosotros”.

Enseña Colomer Viadel <sup>(10)</sup>, en la prestigiosa Universidad de Valencia, España, que “la culminación de este proceso para garantizar la supremacía de la Constitución va a ser

<sup>9</sup> García de Enterría, Eduardo. LA CONSTITUCION COMO NORMA Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Madrid, España. 1981.

<sup>10</sup> Colomer Viadel, Antonio. CONSTITUCION, ESTADO Y DEMOCRACIA EN EL UMBRAL DEL SIGLIO XXI. Valencia, España. 1995. Pág. 25.

el papel de los jueces como vigilantes de la intangibilidad constitucional. Este creciente control constitucional por la judicatura encontrará solo dos escollos, uno insalvable y el otro poco a poco superado. El primero es la doctrina inglesa de la omnipotencia del Parlamento, capaz incluso de juzgar, sin previa ley. El otro está representado por la idea francesa -hija de la Revolución de 1789- de la ley como expresión de la voluntad general o emanación del pueblo soberano. De acuerdo con esta interpretación, como ha señalado Francois Luchaire, la ley era infalible y omnipotente, y por tanto, no era posible el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. Pero esta ficción se ha debilitado hasta prácticamente desvanecerse en la actualidad”.

El principio de supremacía de la Constitución, dice José Afonso Da Silva <sup>(11)</sup>, requiere que todas las situaciones jurídicas se conformen con los principios y preceptos de la Constitución. “Essa conformidade com os ditames constitucionais, agora, nao se satisfaz apenas com a actuacao positiva de acordo com a constituicao. Exige mais, pois omitir a aplicacao de normas constitucionais, quando a constituicao assim a determina, também contitui conduta inconstitucional”. El conocido autor brasileño explica que el fundamento de la inconstitucionalidad está en el hecho de que el principio de supremacía de la Constitución resulta de la *compatibilidad vertical* de las normas de ordenación jurídica de un país, en el sentido de que las normas de grado inferior solamente valdrán si fueren compatibles con las normas de grado superior, que es la Constitución. Las que no fueren compatibles con ella son inválidas, pues la incompatibilidad vertical se resuelve a favor de las normas de grado más elevado, que funcionan como fundamento de validez de las inferiores. La Constitución Brasileña de 1988, explica Da Silva y también Bandeira de Mello <sup>(12)</sup>, establece que la acción directa de inconstitucionalidad puede ser *por acción* o *por omisión* y que dicho control es jurisdiccional, combinando los criterios difusos y concentrado, siendo de competencia del Supremo Tribunal Federal. Clemerson Merlin Cléve <sup>(13)</sup>, aporta un concepto muy claro sobre la inconstitucionalidad. Sostiene Clemerson que conviene precisar la noción de inconstitucionalidad y ofrecer un panorama al respecto de su topología, es decir de los tipos de inconstitucionalidad. Afirma que la doctrina acostumbra definir como inconstitucional un acto normativo cuyo contenido o cuya forma se contraponen, de modo expreso o implícito, a lo contemplado en el dispositivo constitucional. “E a “lei (em sentido formal ou material) em relacao imediata de incompatibilidade vertical com normas constitucionales”, sigue afirmado Clemerson, citando a Regina María Macedo Nery Ferrari y José Horacio Meirelles Teixeira.

Hubiera querido hacer mención también de la jurisprudencia y la doctrina norteamericana, así como de la europea, tan ricas en su contenido y tan sabia en su experiencia. El modelo norteamericano, sigue imperando en la mayoría de los países

11 José Afonso Da Silva. CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO. 18 Edición, 2000. Sao Paulo-SP, Brasil. Pág. 48.

12 Bandeira de Mello, Celso Antonio. CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO. 12 Edición, 2000. Sao Paulo-SP-, Brasil. Pág. 357.

13 Clémerson Merlin Cléve. A FISCALIZACAO ABSTRACTA DA CONSTITUCIONALIDADES NO DIREITO BRASILEIRO. 2da Edición. Editora Revista dos Tribunais. Sao Paulo-SP- Brasil, 2000. Pág. 37 y 38.

de América Latina y el Caribe. Mientras el modelo austriaco o continental europeo, impera en algunos países como el Paraguay. Ha surgido igualmente, como fruto de la experiencia, “sistema mixto”, que toma de los modelos que existen en el Derecho Constitucional comparado. Se utiliza las ventajas de ambos y el sistema se vuelve menos rígido.

Louis Favoreu y Frank Moderne, conocidos catedráticos de la Universidad de Paris I (Panteón-Sorbone), han desarrollado el tema, con inusitada claridad. Nos hubiera sido muy interesante regresar a la famosa controversia entre dos grandes: Carl Schmitt y Hans Kelsen, sobre el órgano “protector” o “defensor de la Constitución, en las obras “La defensa de la Constitución” (Schmitt) y “Quien debe ser el defensor de la Constitución” (Kelsen), con la ilustración de Pedro de Vega García. Pero estas páginas, son extremadamente cortas.

## **8. La Inconstitucionalidad en el Paraguay**

### **8.1. La Constitución De 1967**

En el Paraguay, la Constitución de 1967, introduce el control de constitucionalidad de las leyes y disposiciones jurídicas. El Art. 200 decía:”La Corte Suprema de Justicia tendrá facultad para declarar la inconstitucionalidad de las leyes y la inaplicabilidad de las disposiciones contrarias a esta Constitución, en cada caso concreto y en fallo que sólo tendrá efecto con relación a ese caso. El procedimiento podrá iniciarse por acción ante la Corte Suprema de Justicia, y por excepción en cualquier instancia, y se elevarán sus antecedentes a dicha Corte. El incidente no suspenderá el juicio, que proseguirá hasta el Estado de sentencia”. Durante la vigencia de esta Ley Fundamental, no se dictó la ley reglamentaria. No obstante, el precepto tuvo aplicación, en virtud de la última parte del Art. 80 de la citada Constitución, que determinaba que “la falta de ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar ni menoscabar ningún derecho o garantía”. El vacío legal fue llenado por la propia Corte Suprema de Justicia, que en alguna medida tuvo que hacerlo en forma pretoriana.

### **8.2 Por La via de Interpretación**

Con anterioridad a la Constitución de 1967, sólo por vía de interpretación, podía entender el Tribunal Superior de Justicia, en materia de inconstitucionalidad. Era una potestad legal, cuando aún no había una consagración constitucional. El Art. 44 inc.2 de la Ley 325, de 23 de noviembre de 1918, Ley Orgánica de los Tribunales, facultaba al Superior Tribunal de Justicia (Corte Suprema de Justicia, a partir de la Constitución de 1940), a conocer por vía de apelación y nulidad de las sentencias definitivas de los Tribunales de Apelación en los casos siguientes:...”De las que recaigan en un litigio en que se haya cuestionado, desde primera instancia, la validez de un Tratado, Ley, Decreto o Reglamento, bajo la pretensión de ser contrarios a la Constitución,

quedando excluidos de este recurso la interpretación o aplicación que los Tribunales hicieron de los Códigos Civil, Penal, Comercial y Procesal”. La Ley N° 325 de 1918 quedó derogada, expresamente, por la Ley N° 879 de 2 de diciembre de 1981, que establece el Código de Organización Judicial.

## **9. El Sistema Constitucional Vigente**

### **9.1 El Poder Judicial**

La Constitución vigente del año 1992 establece la estructura y la organización del Estado paraguayo, con los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial en un sistema de separación, equilibrio, coordinación y recíproco control. Ninguno de estos poderes puede atribuirse, ni otorgar a otro ni a persona alguna, individual o colectiva, facultades extraordinarias o la suma del Poder Público. La dictadura esta fuera de la ley.

El Poder Judicial es el custodio de la Constitución. La interpreta, la cumple y la hace cumplir. La administración de justicia está a cargo del Poder Judicial, ejercido por la Corte Suprema de Justicia, por los tribunales y por los Juzgados, en la forma que establezcan la Constitución y la ley.

La Corte Suprema de Justicia está integrada por nueve miembros. Se organiza en Salas, una de las cuales es constitucional. Elige de su seno, cada año, a su Presidente y sus miembros llevan el título de Ministro. Son requisitos para integrar la Corte Suprema de Justicia: tener nacionalidad paraguaya natural, haber cumplido treinta y cinco años, poseer título universitario de Doctor en Derecho y gozar de notoria honorabilidad. Además, haber ejercido efectivamente durante el término de diez años, cuanto menos, la profesión, la magistratura judicial o la cátedra universitaria en materia jurídica, conjunta, separada o sucesivamente (Art. 258 C.P.).

El Artículo 248 garantiza la independencia del Poder Judicial. *”Sólo éste puede conocer y decidir en actos de carácter contencioso”*. En ningún caso los miembros de los otros poderes, ni otros funcionarios, podrán arrogarse atribuciones judiciales que no esté expresamente establecidos en la Constitución, ni revivir procesos fenecidos, ni paralizar los existentes, ni intervenir de cualquier modo en los juicios. Actos de esta naturaleza conllevan nulidad insanable. Todo ello sin perjuicio de las decisiones arbitrales en el ámbito del derecho privado, con las modalidades que la ley determine para asegurar el derecho de defensa y las soluciones equitativas.

La propia Constitución establece las sanciones para los que atentasen contra la independencia del Poder Judicial y la de sus magistrados: quedarán inhabilitados para ejercer toda función pública por cinco años consecutivos, además de las penas que fije la ley.

El Art. 2 del Código de Organización Judicial (Ley N° 879/81) modificado por el Art. 1 de la Ley N° 963/82 establece que el Poder Judicial será ejercido por:

La Corte Suprema de Justicia;

El Tribunal de Cuentas;

Los Tribunales de Apelación;

Los Tribunales de Apelación de Menores;

Los Juzgados de Primera Instancia;

Los Juzgados Tutelares y Correccionales de Menores;

La Justicia Letrada en lo Civil y Comercial;

Los Juzgados de Instrucción en lo Penal;

Los Jueces Árbitros y Arbitradores; y

Los Jueces de Paz.

El nuevo Código procesal Penal (Ley N° 1286/98) de la República del Paraguay, determina los Tribunales competentes para aplicar la ley en los procesos penales, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado. Este Código Procesal Penal introduce el Juicio Oral y Público. De algún modo, modifica el Art. 2 del Código de Organización Judicial, en cuanto a la estructura de los órganos de la jurisdicción penal. Dice el Art. 38 ORGANOS, lo siguiente: “Serán órganos jurisdiccionales, en los casos y formas que las leyes determinan:

- 1) la Corte Suprema de Justicia;
- 2) los Tribunales de Apelación;
- 3) los Tribunales de Sentencia;
- 4) los Jueces Penales;
- 5) los Jueces de Ejecución; y
- 6) los jueces de Paz.

## **9.2 La Corte Suprema de Justicia**

La Corte Suprema de Justicia es el más alto Tribunal de la República del Paraguay. La Corte estará integrada por nueve miembros. Se organiza en salas, una de las cuales será constitucional. Elige de su seno, cada año, a su Presidente. Sus miembros llevan el título de Ministro. Son requisitos para integrar la Corte Suprema de Justicia: tener nacionalidad paraguaya natural, haber cumplido treinta y cinco años, poseer título universitario de Doctor en Derecho y gozar de notoria honorabilidad. Además, haber ejercido efectivamente durante el término de diez años, cuanto menos, la profesión, la magistratura judicial o la cátedra universitaria en materia jurídica, conjunta, separada o sucesivamente (Art. 258 Constitución).

Si analizamos detenidamente el Art. 258, citado precedentemente, que se refiere a la integración y los requisitos para integrar la Corte Suprema de Justicia, sorprende la falencia del mismo. El requisito esencial es poseer el título universitario de Doctor en

Derecho y gozar de notoria honorabilidad. Al parecer, la Constitución deja de lado un requisito elemental para ocupar el más alto cargo en la justicia paraguaya: *la versación en las ciencias jurídicas*. Es decir, una elemental condición para que el ciudadano que acceda al cargo, posea realmente la idoneidad suficiente. Lo que se debió pretender, es que quienes detenten los cargos de jueces de la Corte Suprema, sean juristas de reconocida experiencia, con una vasta formación intelectual y académica. Es archisabido que el título de Doctor en Derecho no acredita una profunda versación jurídica, ni elevada condición intelectual. Se debería dejar un tanto de lado, el aspecto meramente formal y arcaico, y realizar una selección de los mejores, sobre la base de la formación intelectual y científica del candidato, y por supuesto al perfil y vocación del mismo. Un respetado convencional de la Convención Nacional Constituyente que sancionó la Constitución de 1992, sostuvo la postura, no sin razón, que lo que debía primar en el integrante de la Corte es su conocimiento, experiencia y versación de las ciencias jurídicas y su condición intelectual. Hasta se refirió al aspecto psíquico del hombre. Por esta razón, proponía como requisito, que el integrante debería poseer solo el título de Abogado y una calificada versación jurídica. La propuesta defendida en la Convención, en el sentido de que existen abogados sin el título máximo de Doctor en Derecho o en Ciencias Jurídicas, pero que sin lugar a dudas, tienen una formación más acabada que la mayoría de los doctores. La Constitución de la República Federativa del Brasil, de 5 de octubre de 1988, contiene una solución acertada sobre la condición del Juez de la máxima instancia judicial. El Art. 101, que se refiere al Supremo Tribunal Federal, órgano máximo del Poder Judicial del Brasil, determina que los Ministros deben ser ciudadanos de **“notavel saber jurídico e reputacao ilibada”**, es decir, de **“notable saber jurídico y reputación elevada”**. La Constitución brasileña es certera. Si bien no molesta el doctorado, que hoy se obtiene muy fácilmente en algunas nuevas universidades paraguayas y extranjeras, de tipo mercantilista, no significa que la persona tenga “notable saber jurídico”. El “notable saber jurídico” viene con los años de estudio y de meditación, con esa lectura permanente, sacrificio que el abogado deber hacer, indiscutiblemente, en forma autodidacta, si quiere, profundizar sus conocimientos jurídicos y filosóficos. Es una labor que se realiza en forma individual, en la soledad de las propias bibliotecas, que no puede realizarse en forma colectiva, en las Facultades, sean en los cursos de grado o de postgrado. Estos cursos solo constituyen una orientación para iniciar serenamente, personalmente, con las “luz de las velas” el verdadero estudio del derecho y las ciencias sociales. Los premios noveles y otros de carácter nacional e internacional, son otorgados a personas que se han destacado por una obra literaria o una tesis científica, descubrimiento personal o individual, que no son el resultado de una acción o tarea colectiva. Allí están los premios de literatura, de economía, de medicina, de paz, etc., que demuestran la labor de una persona, que ha brillado sobre las demás por su extraordinaria obra o descubrimiento. Por lo demás, la notoria honorabilidad, “digno de ser honrado o acatado”, podría tener el mismo sentido y significado que la elevada reputación. La reputación de acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española, consiste en la “opinión o consideración en que se tiene

a alguien o algo”. La segunda acepción dice” prestigio o estima en que son tenidos alguien o algo”. La elevada reputación opinión o consideración pública y el prestigio o estima de que goza el jurista que accede a ser Juez o Ministro de la Corte Suprema de Justicia. El *notable saber jurídico* va acompañado, casi siempre por una aureola o prestigio que corresponde al verdadero “jurista”, que es más que el simple “doctor en derecho” o que aquel que colecciona títulos, pero que no ha logrado el propósito de acumular conocimiento profundos, cultura y sabia experiencia. Es la *FAMA PUBLICA*, es decir la “noticia, opinión o voz difundida de un grupo social de cierta amplitud”. Esa *fama publica*, nos indica que cierta persona goza de la consideración y estima pública, como un político inteligente y patriota, un destacado medico, un gran investigador científico, un escritor de fuste, un músico o un artista excelente. No es tan difícil conocer quién es quién en las ciencias, las artes o la cultura de un país. No se requiere de ningún concurso previo, pues la prueba de su obra y de su vida están a la vista de la consideración pública y de los institutos científicos y culturales. En la Universidad de Salamanca, en donde tuve el honor de exponer en el Aula Miguel de Unamuno, existe una frase magistral: **“QUOD NATURA NON DAT SALMANTICA NON PRAESTAT”**

El Art. 11 de la Constitución de la Nación Argentina, según la reforma de 1994, de la Constitución Nacional argentina de 1853/60, determina las condiciones para ser miembro de la Corte Suprema. Dice textualmente: “Ninguno podrá ser miembro de la Corte Suprema de Justicia, sin ser *abogado de la Nación* con ocho años de ejercicio, y tener las calidades para ser senador”. La numeración ordenada por la reforma de 1994, el texto corresponde al Art. 97 anterior. El Art. 55 que establece las condiciones para ser Senador dice:”Son requisitos para ser elegido senador: tener la edad de treinta años, haber sido seis años ciudadana de la Nación, disfrutar de una renta anual de dos mil pesos fuertes o de una entrada equivalente, y ser natural de la provincia que lo elija, o con dos años de residencia inmediata en ella”. En esencia, lo que requiere la nacion, es que ademas de su versacion juridica sea el juez de la Corte Suprema de Justicia sea un hombre justo con sensibilidad humana.

El Artículo 259 establece los deberes y las atribuciones del más alto Tribunal de la República del Paraguay. Expresa en forma textual:

Son deberes y atribuciones de la Corte Suprema de Justicia:

- 1) ejercer la superintendencia de todos los organismos del Poder Judicial y decidir, en instancia única, los conflictos de jurisdicción y de competencia, conforme con la ley;
- 2) dictar su propio reglamento interno. Presentar anualmente, una memoria sobre las gestiones realizadas, el estado y las necesidades de la justicia nacional a los Poderes Ejecutivo y Legislativo;
- 3) conocer y resolver en los recursos ordinarios que la ley determine;

- 4) conocer y resolver, en instancia original, los habeas corpus, sin perjuicio de la competencia de otros jueces o tribunales;
- 5) *conocer y resolver sobre inconstitucionalidad*;
- 6) conocer y resolver en el recurso de casación, en la forma y medida que establezca la ley;
- 7) suspender preventivamente por sí o a pedido del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados por mayoría absoluta de votos de sus miembros, en el ejercicio de sus funciones, a magistrados judiciales enjuiciados, hasta tanto se dicte resolución definitiva en el caso;
- 8) supervisar los institutos de detención y reclusión;
- 9) entender en las contiendas de competencia entre el Poder Ejecutivo y los gobiernos departamentales y entre éstos y los municipios, y
- 10) los demás deberes y atribuciones que fije esta Constitución y las leyes.

El Art. 39 del Código Procesal Penal le atribuye a la Corte, también otras competencias. Dice: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Además de los casos previstos en la Constitución y en las leyes, la Corte Suprema de Justicia será competente para conocer:

- 1) de la substanciación y resolución del recurso extraordinario de casación;
- 2) de la substanciación y resolución del recurso de revisión;
- 3) del procedimiento relativo a las contiendas de competencia, y de la recusación de los miembros del tribunal de apelación;
- 4) de las quejas por retardo de justicia contra el tribunal de apelación; y
- 5) las demás que le asignan las leyes.

### **9.3 Las Salas de la Corte**

La Ley N° 609 de 23 de junio de 1995 “Que organiza la Corte Suprema de Justicia” expresa que “la Corte Suprema de Justicia ejerce jurisdicción en toda la República y tiene su sede en la capital. Funciona en pleno y por salas de acuerdo con la competencia que le asignan la Constitución, la ley y su reglamento interno”. La parte final de este artículo determina que la Corte queda organizada en tres salas, integradas por tres ministros cada una: *la Sala Constitucional, la Sala Civil y Comercial, y la Sala Penal*; sin perjuicio de lo dispuesto por esta ley sobre la ampliación de las salas.

### **9.4 La Sala Constitucional**

Como podemos observar, la Constitución, Artículo 259 inc.5, *atribuye a la Corte Suprema de Justicia “conocer y resolver sobre inconstitucionalidad”*.

La Constitución, Art. 260, crea la *SALA CONSTITUCIONAL* y establece sus deberes y atribuciones, y este sentido expresa: “Son deberes y atribuciones de la Sala



Constitucional: 1) conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad de las leyes y de otros instrumentos normativos, declarando la inaplicabilidad de las disposiciones contrarias a ésta Constitución en cada caso concreto y en fallo que solo tendrá efecto con relación a ese caso, y 2) decidir sobre la inconstitucionalidad de las sentencias definitivas o interlocutorias, declarando la nulidad de las que resulten contrarias a esta Constitución. El procedimiento puede iniciarse por acción ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, y por vía de la excepción en cualquier instancia, en cuyo caso se elevarán los antecedentes a la Corte”.

La Ley N° 609/95 determina las competencias de cada una de las tres salas. Como expresamos más arriba, la competencia de la *SALA CONSTITUCIONAL* está dada en la propia Constitución. No obstante, la Ley que organiza el más alto tribunal de la República, vuelve a repetir los términos constitucionales, con cierta falta de prolijidad. Olvida de reproducir la última parte del mandato constitucional e introduce el rechazo “in limine” y una concepción de la Excepción de inconstitucionalidad. El Artículo 11 de la Ley repite textualmente el Artículo 260 incisos 1 y 2 de la Constitución que trata de los deberes y de las atribuciones de la Sala Constitucional. Agrega dos artículos más, que reproducimos:

Artículo 12.- Rechazo “in limine”. No se dará trámite a la acción de inconstitucionalidad en cuestiones no justiciables, ni a la demanda que no precise la norma constitucional afectada, ni justifique la lesión concreta que le ocasiona la ley. Acto normativo, sentencia definitiva o interlocutoria.

Artículo 13.- Excepción de inconstitucionalidad. La Sala constitucional tendrá competencia para conocer y decidir en las excepciones de inconstitucionalidad que se interpongan en cualquier instancia, de conformidad con lo establecido en el artículo precedente y en las leyes procesales.

Es preciso señalar que el Art. 39 del Código Procesal Penal (Ley N° 1286/98), en alguna medida, amplía la competencia de la Corte Suprema de Justicia. Esta disposición dice que “además de los casos previstos en la Constitución y en las leyes, la Corte Suprema de Justicia será competente para conocer:

- 1) de la sustanciación y resolución del recurso extraordinario de casación;
- 2) de la sustanciación y resolución del recurso de revisión;
- 3) del procedimiento relativo a las contiendas de competencia, y de la recusación de los miembros del tribunal de apelación;
- 4) de las quejas por retardo de justicia contra el tribunal de apelación; y
- 5) las demás que le asignen las leyes.

## 9.5 La Sala Civil y Comercial

El Art. 14 de la Ley N° 609 prescribe la competencia de la SALA CIVIL Y COMERCIAL de la Corte Suprema de Justicia. Expresa: “Son deberes y atribuciones de la Sala Civil y Comercial los siguientes: a) Conocer y decidir de las cuestiones de naturaleza civil y comercial que sean recurribles ante la tercera instancia, conforme con las disposiciones de las leyes procesales; y b) Revisar las resoluciones dictadas por los Tribunales de Apelación en lo Laboral en los términos del artículo 37 del Código Procesal del Trabajo.

## 9.6 La Sala Penal

El Artículo 15 de la mencionada Ley N° 609 establece la competencia de la SALA PENAL. Expresa: “Son deberes y atribuciones de la SALA PENAL los siguientes: a) Conocer y decidir las cuestiones de naturaleza penal, correccional y tutelar del menor que sean recurribles por ante la tercera instancia, conforme con las disposiciones de las leyes procesales; b) Revisar las resoluciones dictadas por las Salas del tribunal de Cuentas; c) Supervisar los institutos de detención y reclusión, sin perjuicio de la competencia de la Corte en pleno; d) Conocer y decidir sobre los pedidos de extradición, por vía de revisión en los casos previstos en la legislación penal; e) Elevar dictamen al pleno de la Corte para que ésta informe al Poder Ejecutivo sobre los casos previstos en el Artículo 238, inciso 10) de la Constitución; f) Conocer y decidir de las sentencias de los Tribunales de Apelación que impongan penas de penitenciaría de quince o más años, las que no causarán ejecutoria sin el pronunciamiento de esta sala; y g) Conocer y resolver, en instancia original, los habeas corpus, sin perjuicio de la competencia de otros jueces.

Por lo tanto, la SALA CONSTITUCIONAL es la única que tiene jerarquía constitucional. Las demás, son organizadas por determinación legislativa.

## 10. El efecto de la Declaración de Inconstitucionalidad

Uno de los interrogantes que se ha suscitado, es sobre la posibilidad de desdoblar la competencia que regula la Constitución, en materia de inconstitucionalidad. Más concretamente, en cuanto a los *efectos de la declaración de inconstitucionalidad*. Se ha interpretado, que el efecto de la declaración es para “*cada caso concreto y en fallo que solo tendrá efecto en relación a ese caso*”. Mendonca <sup>(14)</sup> estudia la cuestión sobre la posibilidad de desdoblar la competencia en materia de inconstitucionalidad. La Constitución regula la cuestión en tres normas diferentes. La primera, DE LAS GARANTIAS CONSTITUCIONALES (Art.132), cuando determina: “*DE LA INCONSTITUCIONALIDAD. La Corte Suprema de Justicia tiene facultad para declarar la inconstitucionalidad de las normas jurídicas y de las resoluciones judiciales, en la forma*

14 MENDONCA, Juan Carlos. “LA GARANTIA DE INCONSTITUCIONALIDAD”. Pág. 21. Asunción, Paraguay. 2000

y con los alcances establecidos en esta Constitución y en la Ley”. La segunda norma esta prescripta por el Art. 259 Inc. 5, que dice: “*Son deberes y atribuciones de la Corte Suprema de Justicia:...conocer y resolver sobre inconstitucionalidad*”. La tercera norma (Art. 260), cuando establece los deberes y atribuciones de la Sala Constitucional.

Hasta ahora, se tiene concluido que las sentencias de la Corte Suprema de Justicia y las de la Sala Constitucional, no tienen alcance “**erga omnes**”, es decir “*contra todos*” o “*respecto de todo*”, sino en cada caso concreto, por supuesto en un litigio judicial, y en fallo que solo tendrá efecto a ese caso.

A primera vista, se extrae la conclusión de que la Corte Suprema de Justicia, en pleno, y la Sala Constitucional tienen la misma competencia con iguales alcances. No obstante, basándose en el Art. 132 de la Constitución, Mendonca trae una conclusión sumamente importante, con relación al “alcance” de la Sentencia de inconstitucionalidad, al examinar la Ley No.609/95, art. 16. Dice que “así, tanto la Corte en pleno como la Sala Constitucional tienen competencia para entender en la misma materia, sin excluirse recíprocamente, quedando resuelto cuando asume esa competencia la Sala Constitucional y cuando asume esa competencia la Corte Suprema de Justicia en pleno. La una, como regla, la otra como excepción”.

La Ley No. 609/95, Art. 16, QUE ORGANIZA LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, dispone “cualquiera sala deberá integrarse con la totalidad de los ministros de la Corte Suprema de Justicia para resolver cualquier cuestión de su competencia cuando lo solicite cualquiera de los ministros de la Corte Suprema de Justicia”. Por consiguiente, aquí cabe hacer un examen detenido sobre el “alcance” de las sentencias en materia de inconstitucionalidad. Y aquí se conduce hacia una interpretación, con mayor fuerza en el campo gramatical y sistemático, que nos permite disuadirnos sobre la posibilidad de que, por la **vía legislativa**, pueda darse a la sentencia de inconstitucionalidad dictada por el pleno de la Corte Suprema de Justicia, un efecto o alcance diferente que el que la Constitución (Art. 260) establece para la Sala Constitucional.

Entonces nos encontramos con dos posturas diferentes. La primera, cuando la Corte Suprema, en pleno, declara la inconstitucionalidad; y, la segunda, cuando lo hace la Sala Constitucional. El artículo clave sostiene el mismo autor citado, sería el 132 de la Constitución, que prescribe: “*La Corte Suprema de Justicia tiene facultad para declarar la inconstitucionalidad de las normas jurídicas y de las resoluciones judiciales, en la forma y con los alcances establecidos en esta Constitución y en la ley*”. Para ello se requiere que la Corte Suprema de Justicia, en pleno, dicte el acto judicial. En cambio, no podrá extenderse el alcance de la decisión que dicte la Sala Constitucional de la Corte, porque su competencia está limitada y restringida por el Art. 260 de la Constitución, “en cada caso concreto y en fallo que solo tendrá efecto con relación a este caso. Se llega entonces a la convicción de que el legislador podría ampliar, por

una ley ordinaria, el efecto “*inter partes*” de la sentencia de inconstitucionalidad por el de “*erga omnes*”, dándole un valor derogatorio a la declaración de inconstitucionalidad.

Mendonca, en esta obra, afirma que: “En suma, la ley ordinaria no puede establecer ningún otro alcance a la declaración de inconstitucionalidad hecha por la Sala Constitucional que no sea aquel que está previsto en la propia Constitución, *mientras puede, en cambio, establecer los alcances de la declaración de inconstitucionalidad de la Corte en pleno*. Ocurre, así, que el sistema aparentemente adoptado por nuestra Constitución en forma exclusiva –de declaración de mera inaplicabilidad de la norma, con efecto estrictamente limitado al caso concreto, “*inter partes*” –podría ampliarse mediante una ley ordinaria que diese a la declaración de la Corte en pleno valor invalidante o derogatorio de la ley y, consiguientemente, con alcance “*erga omnes*”. En el estado actual de nuestro derecho, el plenario de la Corte no tiene ni más ni menos competencia que la Sala Constitucional, porque no está facultado para ampliarla ni por la Constitución ni por la ley. Mientras la legislación permanezca así, debe atenerse a los términos rigurosos de la misma. Parece indudable, además, que un sistema dual, en que se admitieran los dos tipos de efectos, tendría que estar muy bien regulado, porque podría crear gravísimos problemas y llevar a situaciones injustas respecto de los justiciables, principalmente por la desigualdad de los alcances. Respecto de las sentencias u otras resoluciones judiciales, así sea competente la Corte en pleno o la Sala Constitucional de la Corte, en nada puede variar el efecto de la declaración de inconstitucionalidad sobre las mismas, que deberá ser siempre anulatorio, con reenvío, porque la resolución recae en un caso concreto y porque el proceso no puede quedar sin sentencia. Tal cosa comportaría una flagrante denegación de justicia”.

Al declarar la inaplicabilidad o la inconstitucionalidad, la Corte Suprema, en pleno o en su caso, la Sala Constitucional, confirma la nulidad de la norma o el acto impugnado. Kelsen (<sup>15</sup>) dice que “la nulidad significa que un acto que pretende ser acto jurídico, y en especial un acto estatal, no es tal “objetivamente” porque es irregular; es decir, no responde a las condiciones que le prescribe una norma jurídica de grado superior. Al acto nulo le falta de antemano el carácter de jurídico, de manera que no es necesario, para retirarle su cualidad usurpada de acto jurídico, otro acto jurídico. Por el contrario, si un nuevo acto fuera necesario se estaría en presencia no de una nulidad, sino de una anulabilidad”

La jurisprudencia constitucional del Paraguay, ha dejado bien en claro *la naturaleza y los alcances* de la impugnación de inconstitucionalidad, en numerosos fallos, que han sido publicados, con una clasificación interesante (<sup>16</sup>). En uno de estos fallos, Oscar Paciello Candia, fallecido tempranamente, siendo Ministro de la Corte Suprema de Justicia, dijo: “Es cierto que esta Corte, de manera general, ha sentado el criterio formal de que *no procede por la vía de inconstitucionalidad entrar en la consideración de los hechos embebidos*

15 KELSEN, HANS. *LA GARANTIA JURISDICCIONAL DE LA CONSTITUCION. (la justicia constitucional)*. Universidad nacional Autónoma de México. México, 2001. Pág. 37.

16 Sapena, Josefina. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL. Intercontinental Editora. Asunción, Paraguay, 2000.

*en las decisiones judiciales*, puesto que ello conlleva el riesgo de convertir esta acción en una tercera instancia y lo que resultaría más grave, generar un precedente que sería indebidamente utilizado para el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad en sustitución de recursos que ya fueron considerados en instancias anteriores (Acuerdo y Sentencia Numero 550 del 30 de setiembre de 1997). En otra sentencia, anterior a ésta, dijo el catedrático Paciello, a la sazón Presidente de la Sala Constitucional de la Corte, que “en efecto, es jurisprudencia constante de esta Sala, aquella en virtud de la cual, *por la vía de una acción de inconstitucionalidad no es posible reabrir un debate en el que las partes tuvieron amplia participación*. Desde este punto de vista es indudable que la acción debe ser desestimada” (Acuerdo y Sentencia número 422 del 31 de octubre de 1996). Paciello, ha afirmado en esta misma sentencia, un criterio cardinal para ir elaborando una jurisprudencia constitucional de elevado rango académico e intelectual, integrado en la cultura jurídica universal y en la filosofía del derecho. Dice Paciello “quienes detentan responsabilidades en la función pública, están obligados a exhibir el máximo celo y empeño por satisfacerlas eficientemente”. Y afirma: “he creído de mi deber formular estas puntualizaciones, que como guardián de la constitución la Corte debe fijar pautas a las cuales, progresivamente se irá acomodando nuestro orden jurídico. Ellas no son otra cosa que una rigurosa adecuación a la definición del Estado paraguayo: Estado de Derecho, Estado Social y Estado Democrático”. Por esta razón, creemos que la Corte Suprema de Justicia y la Sala Constitucional, deberían cumplir una intensa labor para formar e integrar una jurisprudencia constitucional, con fundamentos científicos y académicos, que puedan dar contenido y solidez al orden jurídico constitucional del país.

## **II. El Derecho Procesal Constitucional**

Ahora bien, ¿cual es el Código o la Ley Procesal por el que debe tramitarse la impugnación de inconstitucionalidad? Como veremos más adelante, se sigue todavía con el Código Procesal Civil, como si la *jurisdicción constitucional* fuera una cuestión del Derecho Privado, desconociéndose el carácter público del Derecho Constitucional. La cuestión se tratará en los párrafos que siguen.

El Código Procesal Civil de la República, Ley N° 1.337 de 4 de noviembre de 1988, que entró en vigencia al año de su promulgación, establece un proceso especial en el Libro IV, De los Juicios y Procedimientos Especiales, para la jurisdicción constitucional. El Título I de la impugnación de inconstitucionalidad, contiene dos capítulos. El capítulo I se refiere a la impugnación, por vía de excepción, y el capítulo II a la impugnación por vía de acción. El Título II del Libro IV se refiere al juicio de amparo. Como puede observarse, existe una doble falencia en esta materia. Por un lado, una cuestión tan importante como el enjuiciamiento constitucional se legisla en un Código Procesal Civil, cuyas disposiciones se aplican a los procesos que deben sustanciarse ante los jueces y tribunales de la jurisdicción civil y comercial. Son litigios del Derecho Privado. En segundo término, el juicio de constitucionalidad se tramita

por medio de normas procesales del Derecho Privado, y lo que es más objetable, se lo ubica entre institutos que corresponden al derecho civil. Estas observaciones, no tienen el propósito de desmerecer el gran esfuerzo y valor de la codificación del derecho procesal civil, una obra de envergadura. Pero, ha llegado el momento de ubicar el proceso constitucional, conforme a su verdadera naturaleza jurídica. No obstante, debemos reconocer que, a falta de ley reglamentaria, las normas pertinentes del Código Procesal Civil, cumplieron y cumplen una innegable utilidad.

Creemos que esta situación procesal debería subsanarse con el dictado de una ley de Enjuiciamiento Constitucional, que regule el proceso básico para lo constitucional. La impugnación de inconstitucional, así como el amparo constitucional deben ser objeto de una Ley especial, diferente a las que regulan los procesos civiles y comerciales. Se trata de la tutela jurisdiccional de principios fundamentales en el ordenamiento jurídico de la República. El proceso constitucional guarda estrecha relación con la defensa de la propia Constitución, la democracia, las garantías procesales y el Estado de Derecho. Si bien, en el Paraguay, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, ejerce la tutela jurisdiccional de la constitución, los efectos de sus pronunciamientos deben tener la eficacia de un Tribunal Constitucional. A la Corte Suprema de Justicia, en pleno, y a la Sala Constitucional, le está reservada la tutela de la Constitución, función de suma importancia para la vida institucional del país. Por esta enorme y vital importancia, en la vida de las naciones, se ha dado en llamar al Tribunal Constitucional el *Tribunal de la Libertad*.

Como bien explica Mendonca <sup>(17)</sup> -uno de los primeros catedráticos, que con profundidad ha escrito sobre el tema en el país- el fundamento al que responde el control jurisdiccional de constitucionalidad de debe al principio de supremacía de la Constitución. La Constitución deja de ser, apenas, una carta programática o un canto lírico, para pasar a constituir una norma de primer orden y jerarquía, a cuya aplicación directa están obligados los jueces y tribunales. Las constituciones de las monarquías absolutas, sólo regulaban la organización del Estado, dejando al antojo del gobernante el reconocimiento de una carta de derechos fundamentales. Era un sistema donde la Constitución no tenía aplicación directa. Mendonca dice que “mediante la Constitución y el establecimiento de su primacía, se logra que las leyes converjan hacia ella, en una radical exigencia de compatibilidad. Mediante ella la comunidad puede conocer en grandes líneas sintéticas el derecho básico que regula su existencia, con la seguridad de que el mismo no será inopinadamente transformado, bajo pena de invalidez de las normas que lo pretenden. Así, pues, mediante ella, el derecho adquiere un mínimo grado de estabilidad y un mínimo grado de coordinación, indispensables para su propia vida y para la vida normal de la sociedad que rige”.

Hoy, la corriente doctrinaria más avanzada, que prevalece y no ofrece reparos, sustentado por insignes autores, afirma la necesidad de un proceso constitucional

17 Mendonca, Juan Carlos. INCONSTITUCIONALIDAD. Aspectos Procesales. Asunción, 1983. Pág. 3.

singular. No es posible pretender seguir el arcaico esquema iusprivatístico, en que la actuación de pretensiones fundadas en normas de Derecho Constitucional sean tramitadas en procesos no constitucionales. El juicio o proceso ante un Tribunal Constitucional, (en el Paraguay, ante la Corte Suprema de Justicia, en pleno, y la Sala Constitucional de la Corte), tiene su propia naturaleza jurídica. Debe constituir un proceso especial, autónomo. El Código Procesal Civil, elaborado para las relaciones jurídicas del Derecho Privado, no es el más idóneo para reglar la inconstitucionalidad, mientras hace ya tiempo se acepta, universalmente, el carácter especial del *derecho procesal constitucional*. En este proceso se revisa la actuación del Estado, sus órganos y agentes; está en juego “el mantenimiento de la justa paz comunal”, sostiene González Pérez<sup>(18)</sup>, en una estupenda obra sobre la materia. Dice González Pérez: “Los procesos de los que conoce el Tribunal Constitucional tienen por objeto pretensiones fundadas en normas constitucionales. Esta es la nota común a todos ellos. La materia litigiosa es constitucional. Las normas invocadas son normas de Derecho Constitucional. Ahora bien, partiendo de esta norma común en los Ordenamientos jurídicos y, concretamente, en el Ordenamiento español, se suelen regular dos tipos de proceso constitucional: uno, cuyo objeto son pretensiones de inconstitucionalidad dirigidas a impugnar leyes contrarias a la Constitución; otro, cuyo objeto son pretensiones de amparo de garantías individuales. Y, además, se le atribuyen otras competencias, que dan lugar a actuaciones de muy distinta naturaleza (Art. 161, Const. art. 2°, LOTC)”

Bidart Campos<sup>(19)</sup>, afirma que, en forma muy vinculada con la jurisdicción constitucional ha tomado curso y adquirido crédito el llamado “derecho procesal constitucional” o derecho constitucional procesal, que sintéticamente es el que regula el proceso constitucional, y que tiene como objeto la materia constitucional. “En otros términos, la materia sometida a la jurisdicción constitucional en el proceso constitucional es constitucional, y las normas en juego -tanto las de fondo que rigen la causa, cuanto las de forma que rigen el procedimiento- son constitucionales (las últimas, cuando menos, lo son en sentido material, aunque acaso no estén contenidas en la constitución formal). El Derecho procesal constitucional sobrepasa en los sistemas donde la jurisdicción constitucional es concentrada, o sea, donde hay una magistratura constitucional; pero no está ausente ni empalidece allí donde el sistema es -como en Argentina- difuso”. Dice Bidart Campos que hace parte del derecho procesal constitucional por ejemplo, las vías procesales que suscitan control de constitucionalidad, tanto si la vía es directa (acción o demanda) cuanto si es incidental o indirecta. Incluye el autor al recurso extraordinario de su país y a los juicios de hábeas corpus y de amparo; las garantías de debido proceso, etc.

Sagués<sup>(20)</sup>, enseña desde hace tiempo, sobre el control de constitucionalidad en la Argentina y la magistratura y procesos constitucionales. La mayoría de sus estudios

18 González Pérez, Jesús. DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL. Madrid 1980. Pág. 44

19 Bidart Campos, Germán. LA INTERPRETACION Y EL CONTROL CONSTITUCIONALES EN LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL. Buenos Aires, Argentina, 1987. Págs. 259 y 260.

20 Sagués, Néstor Pedro. ELEMENTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL. Tomo I y II. Buenos Aires, Argentina, 1993. Pág. 227.

sobre las garantías constitucionales están elaborados desde la perspectiva del Derecho Procesal Constitucional. Para Sagués, la disciplina del DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL se ocupa de la magistratura constitucional, integrada por los órganos cuya misión es tutelar la supremacía de la Constitución, y por los procesos y recursos constitucionales, que son los procedimientos programados para instrumentar tal supremacía. Las dos piezas indicadas (Magistratura y Procesos Constitucionales), “son indispensables para asegurar la superioridad de la Constitución. De nada sirve ésta si no hay trámites adecuados para reprimir la violación de su jerarquía, y si no existen órganos capacitados y con voluntad para efectivizar esa supremacía”

Héctor Fix Samudio, nos ilustró con una visión muy completa sobre la expansión del proceso constitucional en el mundo, tras la segunda guerra mundial, con la obra “Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional: 1940-1965 (México 1968). Fix Samudio <sup>(21)</sup>, explica con meridiana claridad, los dos sectores de estudio, que se denominan “*derecho procesal constitucional*”, en sentido estricto, y otro “*derecho constitucional procesal*”. Trae el autor las consideraciones que ya hacia el famoso Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, con relación a la fundación de esta disciplina por Hans Kelsen. Dice el insigne jurista: “en efecto, el derecho procesal constitucional tiene como objeto esencial el análisis de las garantías constitucionales en sentido actual, es decir los instrumentos predominantemente procesales que están dirigidos a la reintegración del orden constitucional cuando el mismo ha sido desconocido o violado por los órganos del poder. De manera distinta el que se puede calificar como “derecho constitucional procesal” examina las instituciones procesales desde el ángulo y las perspectivas del derecho constitucional, debido a que las constituciones contemporáneas, especialmente las surgidas en esta segunda posguerra, han elevado a la jerarquía de normas fundamentales a varias instituciones de carácter procesal, y si bien es verdad que con anterioridad, algunas de ellas ya figuraban en las Cartas constitucionales clásicas, lo eran de forma aislada, en tanto que en la actualidad existe la conciencia de otorgar rango constitucional a las categorías procesales de mayor importancia”. Como bien enseña el maestro mexicano, al referirse a la “teoría o doctrina general” del “proceso o del “derecho procesal”, “como las dos disciplinas que hemos mencionado tienen por objeto el examen sistemático, pero desde distintas perspectivas, de instituciones procesales, ambas se entrecruzan de manera constante, por lo que debe considerarse *como estudios de frontera y de confluencia*, lo que requiere de una constante colaboración de los cultivadores de las mismas”.

En Centroamérica, específicamente en Nicaragua, Escobar Fornos <sup>(22)</sup>, se refiere al carácter instrumental del Derecho Procesal Constitucional. Dice que “el Derecho Procesal Constitucional es el conjunto de normas y principios que tienen por objeto el estudio del proceso constitucional, sus tipos, naturaleza, principios, presupuestos

21 FIX SAMUDIO, Héctor. INTRODUCCION AL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL. México 2002. Pág. 20 y sgtes.

22 Escobar Fornos, Iván. DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL. La Constitución y su defensa. Managua, Nicaragua. 1999. Pág. 89.



procesales, objeto del litigio, sus actos procesales, forma de iniciarse, tramitación, prueba, sentencia y recursos, en su caso. Es autónomo y pertenece al Derecho Público. Su carácter instrumental es evidente porque su función es servir de medio para tutelar la vigencia y operatividad de la Constitución. Este carácter objetivo no le resta importancia porque sin medios de defensa que aseguren su cumplimiento de nada serviría la Constitución y todas sus disposiciones y declaraciones”.

La impugnación de inconstitucionalidad viene a constituir un medio poderoso de control del poder. Esa lucha por el poder, lucha contra el poder y lucha en el poder, que con tanta claridad estudia Valadés <sup>(23)</sup>. Coincidimos con el prestigioso autor cuando dice que “lo que en el fondo se agita es la preocupación secular por evitar los excesos de poder, bajo cuyos efectos ha vivido la humanidad durante la mayor parte de su historia. Valadés afirma que “independientemente de las expresiones que se utilicen, y de las contradicciones semánticas que suponga, separar los poderes o controlar el poder es una necesidad para la subsistencia de la libertad. Tanto mayor sea la órbita de influencia del poder, tanto más restringida será la de las libertades individual y colectiva, y viceversa”.

Ninguno de los poderes del Estado debe estar libre del control del poder. No solo hablamos del poder que ejerce el Ejecutivo, como función de gobierno, sino también del Poder Judicial y del Poder Legislativo. La dictadura judicial es más peligrosa que la del gobierno ejecutivo, pues la ejerce en nombre de la ley. La dictadura de los fiscales, jueces y tribunales puede conducir a un pueblo a una verdadera situación de terror. No hay defensa contra las arbitrariedades judiciales, cuando ellas estas revestidas de las formalidades rituales de sus potestades procesales.

El Título II, Capítulo XII, artículos 131, 132, 133, 134 y 135 de la Constitución paraguaya consagra las garantías constitucionales. La Constitución no solo es *estatuto que organiza el poder*, sino esencialmente una *carta de derechos y de garantías para la defensa y ejercicio de esos derechos*. La Constitución enumera las garantías para hacer efectivo los derechos consagrados por la Constitución, a saber: 1) la inconstitucionalidad; 2) el Hábeas corpus; 3) el amparo; y 4) el hábeas data.

La Ley reglamentaria de estas garantías, que la Constitución ordena, deberá, conducirnos, hacia una ley básica o ley orgánica de enjuiciamiento constitucional, que deberá ser aplicado por la Corte Suprema de Justicia, en pleno y la Sala Constitucional. Esa ley deberá regular el proceso constitucional. Será la oportunidad para excluir del Código Procesal Civil, materias como la impugnación de inconstitucional y el juicio de amparo. Ambos institutos son materia del Derecho Público. Las normas del Código Procesal Civil, han sido, técnicamente, muy bien concebidas, cuyo proyectista Juan Carlos Mendonca, es uno de los juristas más sólidos del Paraguay. Empero, estas normas de los juicios y procedimientos especiales, deberían ser transferidas a la Ley

23 Valadés, Diego. EL CONTROL DEL PODER. México, 2000. Segunda Edición. Universidad Nacional Autónoma de México.

de enjuiciamiento constitucional. El procedimiento puede iniciarse por acción ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, y por vía de la excepción en cualquier instancia, en cuyo caso se elevarán los antecedentes a la Corte; las normas reguladoras del procedimiento de “Hábeas Corpus”; la acción o recurso de amparo constitucional; y el procedimiento del “Hábeas Data”, debería integrar la ley procesal constitucional.

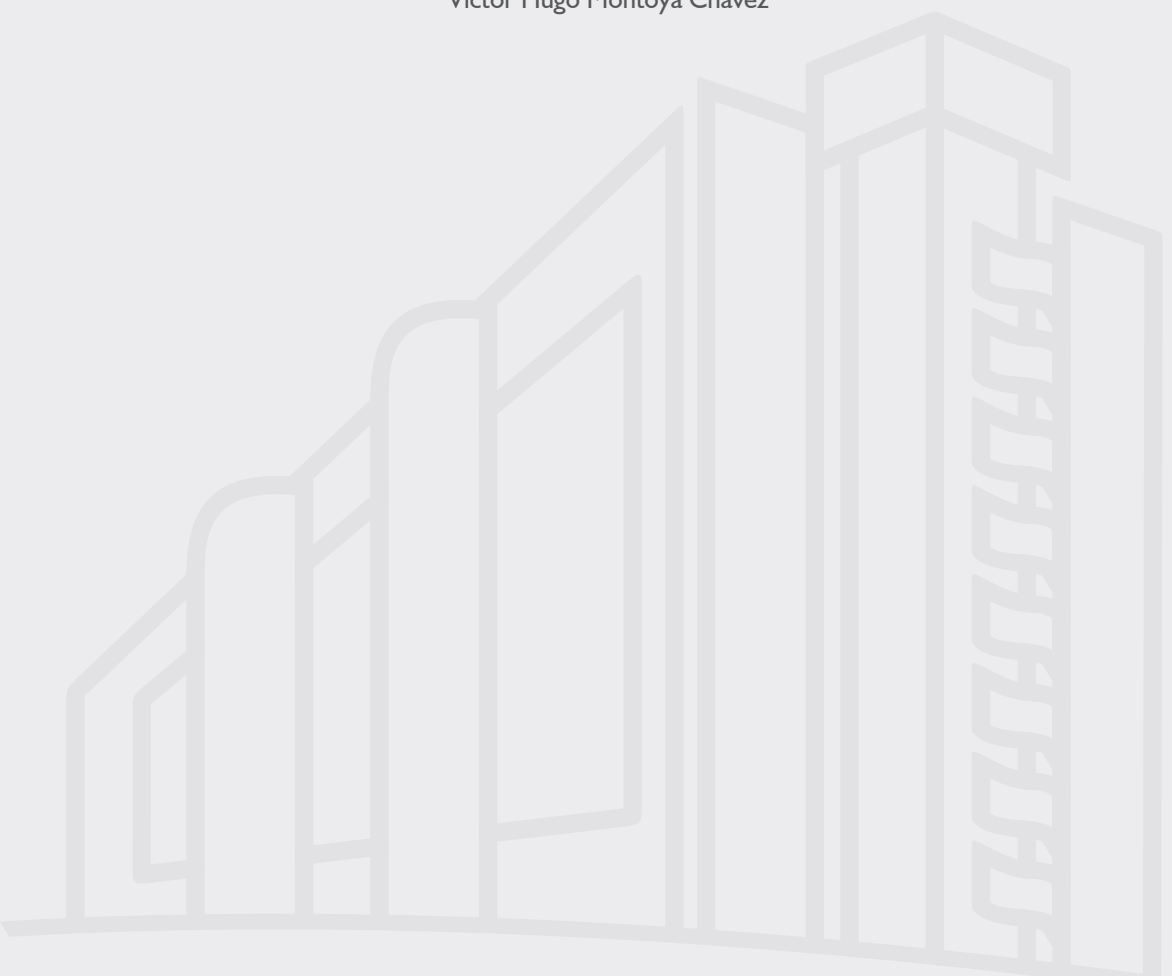
Esta y otras más, que enunciaremos en otro estudio, son las razones, por demás valederas, para modificar y corregir la Ley N° 609/95 que Organiza la Corte Suprema de Justicia. Dicha ley, al situar fuera de la competencia de la Sala Constitucional, la materia contenciosa-administrativa, ha desubicado de su ámbito procesal natural, las garantías contenidas en nuestra ley fundamental, para hacer efectivos los derechos consagrados por la misma.

Quiero expresar que si estas páginas ayudan en algo al conocimiento y recreación de una nueva visión más ajustada a lo que debe ser la Justicia Constitucional, a la que acuden las personas ante las frecuentes anormalidades e irregularidades de los actos del poder público, sean estos administrativos, judiciales o legislativos, me encontraré sumamente satisfecho.

Finalmente, decir que este es un momento de reflexión sobre temas a los que me he referido con tanto insistencia en las aulas de mi antigua y prestigiosa Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Asunción, siguiendo las huellas de aquellos ilustres maestros que hoy ya no están con nosotros.

# EL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL PERÚ

Victor Hugo Montoya Chávez





## EL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL PERÚ

Victor Hugo Montoya Chávez<sup>1</sup>

**SUMARIO:** 1. La necesidad de protección de la Constitución; 2. Los mecanismos de protección de la Constitución; 3. El proceso de inconstitucionalidad como mecanismo de protección de la Constitución; 4. La sentencia en el proceso de inconstitucionalidad como mecanismo de protección de la Constitución; 5. Bibliografía.

### 1. La necesidad de protección de la Constitución

La Constitución es entendida como el límite al poder político que garantiza libertades, posibilita la institucionalización de acuerdos políticos, sociales y económicos presentes en una asamblea constituyente, donde los diversos sectores colectivos concilian sus intereses y los desarrollan, previa aceptación de los límites a los que se sujetan -pacto o contrato social-. Aparece no como el centro del cual todo deriva como irradiación a través de la soberanía del Estado en la que se apoya, sino como el centro sobre el que todo debe converger (Zagrebelsky 1995). Tal pretensión de la Constitución condiciona el reconocimiento de un *Kulturstaat*, una expresión de conquista cultural de la civilización occidental, contexto en el cual se siente un espíritu de las propias Constituciones y, en clave del pluralismo que su texto debe incluir, un espíritu de los diversos ‘pueblos’, que viven en, conforme a y bajo las Constituciones (Häberle 2003).

En el Perú, todos nos encontramos obligados a respetarla, cumplirla y defenderla (artículo 38 de la Constitución), pues esta norma se configura como un ‘derecho sobre el derecho’, en tanto fórmula de un vínculo ineludible de la persona con la eficacia de la normatividad (Ferrajoli 2002), concepto recibido como ‘Derecho de la Constitución’ (fundamento 5 de la STC 5854-2005-PA/TC). Se configura, *ergo*, un Estado constitucional, como evolución respecto del concepto de Estado legal de derecho, donde es la ley la que deba adecuarse al contenido formal y material de la Constitución, toda vez que la primera se ha convertido en objeto de medición de la segunda (Zagrebelsky 1995), tal como se expresa en los procesos de inconstitucionalidad.

Desde el punto de vista estructural y funcional, la Constitución guía el ordenamiento y fundamenta el sistema jurídico y político democrático, cuya naturaleza dual -jurídico y política- permite, bajo la interacción de los contenidos normativo y real, adecuarse a contextos sociales determinados (fundamento 3 de la STC 0002-2005-PI/TC). En

---

<sup>1</sup> Es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios de doctorado en Estado de Derecho y Gobernanza Global por la Universidad de Salamanca, con máster en Democracia y Buen Gobierno por la Universidad de Salamanca, con especialización en Derecho Constitucional y Ciencia Política en el Centro de Estudios Constitucionales y Políticos de Madrid y con especialización en Derechos Humanos en el Institut International des Droits de l’Homme en Estrasburgo. Ha sido visiting scholar en Boston University. Es profesor de pregrado y postgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y de la Universidad Particular San Martín de Porres. Es actualmente miembro del Equipo Especializado de Seguimiento de la Inversión del Gabinete de Asesores del Ministerio de Economía y Finanzas del Perú y ha sido letrado del Tribunal Constitucional y asesor del Ministerio de Justicia, del Congreso de la República y de la Defensoría Pueblo.

tanto norma jurídica, posee carácter vinculante y está conformada por un conjunto de valores, derechos y principios que, por pertenecer a ella, limitan y delimitan jurídicamente los actos de los poderes públicos (fundamento 5 de la STC 5854-2005-PA/TC, haciendo referencia a jurisprudencia comparada para exhibirla como ‘Derecho de la Constitución’).

No sólo es una norma de rasgo eminentemente jurídico; también su validez y eficacia condiciona el fortalecimiento del régimen democrático. Es la juridificación de la democracia y al mismo tiempo la expresión jurídica de un hecho político democrático, pues es la postulación jurídica de la voluntad del poder constituyente, como un *totus social* en el que subyace la igualdad (fundamento 11 de la STC 0050-2004-AI/TC y *otros*; fundamento 19 de la STC 0030-2005-PI/TC).

Como la Constitución es parte de un orden jurídico, además está inserta dentro de los alcances del principio de coherencia normativa, a partir del cual se presume una relación armónica entre las normas que conforman nuestro sistema jurídico (fundamento 4 y ss. de la STC 0005-2003-AI/TC). Sobre esta base, se reconoce la jerarquía normativa de la Constitución, la misma que puede ser vista desde dos puntos de vista: uno objetivo-estructural y uno subjetivo-institucional (fundamento 40 de la STC 0030-2005-PI/TC, haciendo referencia al artículo 51 de la Constitución, de un lado; y, a los artículos 38 y 45 de la Constitución, del otro).

Bajo tal perspectiva, se formula el concepto de ‘supremacía normativa de la Constitución’, la cual se encuentra recogida en dos vertientes (fundamento 6 de la STC 5854-2005-PA/TC). Conforme a la *objetiva*, la Constitución preside el ordenamiento jurídico, prevaleciendo sobre toda norma legal y ésta sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente, conforme al sistema de fuentes diseñado por la Norma Suprema (fundamento 13 de la STC 0022-2004-AI/TC, que se desprende también de los artículos 51 y 138 *in fine* de la Constitución). De acuerdo a la *vertiente subjetiva*, ningún acto de los poderes públicos o de la colectividad en general puede vulnerar válidamente la Constitución (artículos 38 y 45 de la Constitución).

La mencionada presunción de relación armónica entre la Constitución y las normas con rango infraconstitucional, entonces, se termina rompiendo si alguna de éstas atenta contra el contenido de la primera. Es así como para la defensa de esta última, especialmente frente a infracciones contra su jerarquía normativa, emerge el proceso de inconstitucionalidad (artículo 75 del Código Procesal Constitucional, conforme lo establecido en el artículo 200.4 de la Constitución). Como la Constitución es la norma que presta el fundamento de validez de la legislación de inferior jerarquía, el control concentrado tiene como finalidad inmediata defender la supremacía (jerarquía) normativa de la Constitución, depurando el ordenamiento de aquellas disposiciones que la contravengan (fundamento 18 de la STC 0020-2005-PI/TC y *otro*).

De lo señalado queda claro que dado el carácter político y jurídico de la Constitución

y en tanto contrato social y codirector de su proceso continuo (Häberle 2004), su supremacía merece ser protegida, superándose así la teoría política del *pouvoir neutre* esbozada en el siglo XIX (Constant 1997 (1792)) o la noción del *Herr der Verfassung*, señor de la Constitución (Landa Arroyo 2007). Esta necesidad de ser garantizada no impide desconocer su alto grado de complejidad, al haberse comparado con un modelo geométrico, geodésico, global, geológico o gravitacional (Tribe 2008), o que se le presente como parte de un *constitutional pluralism* (Walker 2002).

Tampoco se desconoce que, a partir de una guerra entre vivos y muertos, como se ha dicho, algunos se hayan adscrito al *originalism* -textualismo, intencionalismo o contextualismo-, basándose en una Constitución estatua, o también una *bestehende Verfassung*, o que otros se hayan plegado al evolucionismo, entendiéndola como vividura, parte de una *living Constitution* o una *lebende Verfassung* (Ackerman 2007). En por ello que es imposible no entenderla como un contrato incompleto; empero dicha apertura interpretativa no debe impedir que se equilibre el poder entre los órganos públicos y se proteja los derechos, por ejemplo, a través de un proceso de inconstitucionalidad.

## 2. Los mecanismos de protección de la Constitución

La búsqueda de tutela constitucional se inició en Estados Unidos. Sobre la base del planteamiento sieyèsano del *jurie constitutionnaire*, se propuso sin éxito en la Convención de Filadelfia de 1787, la institución de un poder autónomo de control de constitucionalidad concebido como '*national jury on the law*' (Acosta Sánchez 1998). Es cierto que en la Constitución se terminó reconociendo la *supremacy clause* y se encargó al Poder Judicial la resolución de todas las controversias que surjan a partir de ella misma, pero también lo era que el constituyente no buscaba garantizar la supremacía de la Constitución frente a la actuación legislativa del Congreso sino frente a la actuación de los poderes de los Estados federados (Pérez Tremps 1985).

Aun así, con posterioridad -especialmente por intermedio del *leading case Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803), la Corte Suprema instauró la *judicial review of legislation*. Y aunque ésta no fue usada por más de cincuenta años (*Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1857)), es cierto que se configuró como el primer mecanismo para salvaguardar la Constitución frente a la actuación del legislador democrático. Asimismo, tuvo incidencia en el modelo que se instituyera posteriormente en Europa (Pizzorusso 1982). El control difuso hoy está reconocido constitucionalmente en el país (artículo 138 *in fine* de la Constitución) y en el ámbito de protección hemisférica de derechos, donde se reconocía jurisprudencialmente el llamado control difuso de convencionalidad (Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Serie C-154).

A inicios del siglo pasado, la propuesta estadounidense posibilitó en el viejo continente se inicia el debate sobre cómo tutelar efectivamente a la Constitución. En primer lugar se propuso que sea el propio Ejecutivo -específicamente, el *Reichspräsident*- el protector del contenido efectivo de la Constitución al considerar peligroso gravar la justicia con contaminaciones políticas resolviendo cuestiones y conflictos de alta política (Schmitt 1983). Frente a ella se postuló que sea un órgano autónomo el que decidiera, fuera del ámbito judicial, sobre la constitucionalidad de las normas sometidas a examen (Kelsen 1994). La idea de un *Verfassungsgerichtshof*, configurado bajo la forma de legislador negativo, se justificaba en la necesidad de formular un concepto jurídico de Constitución que justificara su defensa en la Europa continental de esos años.

La propuesta de control concentrado se vio materializada en la creación del Tribunal Constitucional austriaco, el 1 de octubre de 1919, y posteriormente en la de la hoy desaparecida Checoslovaquia de 1920 (Cruz Villalón 1987). A su vez, en la Constitución española de 1931 se creó el Tribunal de Garantías Constitucionales (Favoreu 1994), mismo nombre con que fue conocida la institución en el Perú a partir de su reconocimiento en el artículo 298.1 de la Constitución de 1979, aunque con actividad poco trascendente. Al día de hoy funciona en el país el Tribunal Constitucional (artículo 201 de la Constitución), siendo una de sus principales competencias, sin lugar a dudas, la emisión de sentencias de inconstitucionalidad, función ejercida a partir de lo establecido en la normatividad pertinente (especialmente, Constitución y Código Procesal Constitucional) y en la jurisprudencia constitucional.

### **3. El proceso de inconstitucionalidad como mecanismo de protección de la Constitución**

El proceso de inconstitucionalidad constituye un relevante mecanismo de vigilancia del poder en los sistemas democráticos por permitir el fortalecimiento de la estructura estatal, a la vez de posibilitar la correcta protección de los derechos fundamentales. Dicha defensa -y también su control jurídico- se funda en la consistencia de las razones que la Constitución suministra al órgano que la controla, a las que se llega por medio de discusiones en las que no cuentan los números, sino el raciocinio (fundamento 10 de la STC 0004-2011-PI/TC). La judicialización de la Constitución -o, para ser más exactos, la de todo acto que la contravenga- es la máxima garantía de que su exigibilidad no está sujeta a los pareceres de intereses particulares, sino por el contrario, de que todo interés individual o colectivo, para ser constitucionalmente válido, debe manifestarse de conformidad con las reglas y principios, formales y sustantivos, previstos en la propia Constitución (fundamento 8 de la STC 5854-2005-PA/TC).

El proceso de inconstitucionalidad termina involucrando, en consecuencia, tal como algunos han afirmado, una expresión del principio antidemocrático (Hamilton, Jay y Madison (1961(1788)), toda vez que corrige la actuación de quienes han sido elegidos a través de las urnas, censurando decisiones de otros poderes del Estado. Cuando los



jueces cumplen su función, emitiendo sentencias de inconstitucionalidad, como se podrá apreciar en las que el Tribunal Constitucional ha emitido a lo largo de los años, termina siendo una incomodidad para el *establishment*, al identificar las falencias del sistema y de sus instituciones (Toro Ochoa 2008), pero ello es ineludible en la labor de la jurisdicción constitucional.

A diferencia de lo que ocurre en el *judicial review*, donde el poder se ejerce con ocasión de un caso concreto y los efectos alcanzan únicamente a las partes del conflicto -que también puede estar regido por la doctrina del *stare decisis* (Magaloni Kerpel 2001; Montoya Chávez 2008)-, en las demandas de inconstitucionalidad interpuestas ante un Tribunal Constitucional -planteadas por legitimados especiales (en otros modelos se le reconoce como acción pública y cualquier ciudadano puede incoarla, tal como sucede en Colombia (Velandía Canosa 2009))- luego de intentar la adecuación de las normas con rango de ley impugnadas al mandato constitucional (Eguiguren Praeli 2009), se las debe expulsar del ordenamiento jurídico (artículos 103 y 204 de la Constitución), con efecto *erga omnes*.

Como todo proceso constitucional, el de inconstitucionalidad, aparte de hacer valer el principio de supremacía constitucional, presupone un alto control de la actuación de las partes por el órgano jurisdiccional, a través de principios orientadores (fundamento 8 a 10 de la STC 0023-2005-PI/TC, sobre la base del artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional). El *pro actione*, según el cual cuando en un proceso se presenta una duda razonable respecto de si debe o no declararse concluido, el juez debe optar por su continuación. Este principio rige de forma particular en los procesos de inconstitucionalidad porque estos ostentan más que cualquier otro, una dimensión objetiva de protección de un interés público, que debe tutelarse (fundamento 3 de la ATC(A) 0001-2009-PI/TC). El principio de *elasticidad*, informalismo o aformalismo se basa en que existe una exigencia a la jurisdicción ordinaria y a la constitucional para el cumplimiento de las formalidades sólo si con ello se logra una mejor protección de los derechos fundamentales. Por el contrario, si tal exigencia comporta la desprotección de los derechos y, por ende, su vulneración irreparable, entonces las formalidades deben adecuarse o, de ser el caso, prescindirse, a fin de que los fines de los procesos constitucionales se realicen debidamente (fundamento 6 de la ATC 0266-2002-AA/TC). Sin embargo, a partir de tal principio no puede permitirse que en el proceso de inconstitucionalidad se distorsionen figuras procesales que en él se admitan, tal como se explicará con relación al partícipe (fundamento 4 de la ATC(O”) 0006-2009-PI/TC). Por su parte, el principio de *gratuidad* implica que el proceso ante el Tribunal Constitucional no tiene costo alguno para el justiciable (artículo 49 de la Resolución Administrativa 095-2004-P-TC, Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, que agrega que cuando se solicitan copias certificadas, el costo es de cargo del solicitante). Otros principios aplicables son el de publicidad, economía procesal, socialización del proceso, impulso oficioso y de *favor processum* o *pro actione*.

De otro lado, si bien el proceso de inconstitucionalidad posee una dimensión eminentemente objetiva, también se le ha reconocido un ámbito subjetivo. Por ello es considerado como un proceso de naturaleza dual, objetivo-subjetivo (fundamento 2 de la STC 0002-2005-PI/TC; fundamento 8 de la STC 0031-2005-PI/TC; fundamento 18 de la STC 0020-2005-PI/TC y *otro*; fundamento 2 de la STC 0017-2006-PI/TC; fundamento 5 de la STC 0033-2009-PI/TC; fundamentos 4 y 5 de la STC 0024-2007-PI/TC; fundamentos 8 y 9 de la STC 0011-2008-PI/TC).

Según la *dimensión objetiva*, el control de constitucionalidad de las normas con rango legal, básicamente por ser la inconstitucionalidad un proceso de naturaleza abstracta, se realiza acorde con los valores y principios consagrados por la Constitución. No se evalúa la constitucionalidad de las normas con rango de ley a la luz de un caso concreto en el que éstas hayan tenido o tengan oportunidad de aplicarse, sino en atención a la compatibilidad o incompatibilidad que, en abstracto, exista entre dos fuentes formales del derecho, a saber, normas con rango de ley y la Constitución. No se reduce únicamente a un mero examen de la norma con rango de ley, sino que se orienta a hacer respetar la unidad o núcleo constitucional (fundamento 2 de la STC 0002-2005-PI/TC; fundamento 1 de la STC 0028-2005-PI/TC; fundamento 2 de la STC 0043-2004-AI/TC; fundamento 2 de la STC 0005-2004-AI/TC).

El proceso de inconstitucionalidad posee también una *dimensión subjetiva*, toda vez que el fin mediato del proceso de inconstitucionalidad es impedir la aplicación de las normas legales viciadas en su constitucionalidad, es decir, impedir que éstas puedan generar afectaciones concretas (subjetivas) a los derechos fundamentales de los individuos (fundamento 18 de la STC 0020-2005-PI/TC y *otro*, siguiendo el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional). La valoración de la constitucionalidad de los actos concretos realizados al amparo de la norma legal impugnada, no supone la resolución del problema en un caso concreto; sino otorgarle un canon valorativo constitucional. Corresponde ingresar en una evaluación relacional entre normas y realidad en las que sean susceptibles de aplicarse, pero no con el propósito de inaplicarlas a un supuesto concreto, sino únicamente con la intención de reconocer los sentidos interpretativos de aquellas que pudieran resultar contrarias a la Norma Fundamental (fundamento 2 de la STC 0002-2005-PI/TC; fundamento 2 de la STC 0005-2004-AI/TC). Reconocerle una dimensión subjetiva al proceso de inconstitucionalidad no faculta al Tribunal Constitucional a evaluar las afectaciones subjetivas derivadas de la supuesta aplicación de la norma contraria a la Norma Fundamental (fundamento 2 de la STC 0003-2004-AI/TC, seguido en fundamento 1 de la ATC(O) 0013-2010-PI/TC).

#### **4. La sentencia en el proceso de inconstitucionalidad como mecanismo de protección de la Constitución**

Las sentencias de inconstitucionalidad son vinculantes para todos aquellos poderes y sujetos que deban aplicar las normas jurídicas, actuación a través de la cual se posibilita que la cooperación, la responsabilidad y el control queden asegurados (Hesse 1996). Para actuar con corrección, el Tribunal Constitucional debe utilizar las herramientas hermenéuticas a su disposición y las técnicas que defina para cada caso. De hecho se ha inclinado por el modelo interpretativo institucional (Hesse 1983) y ha reafirmado el principio de la interdicción de la arbitrariedad dentro de la función reguladora de la interpretación correctora (Guastini 2011).

En tal sentido, el órgano encargado de resolver en exclusividad los procesos de inconstitucionalidad es el Tribunal Constitucional, dada su condición de supremo intérprete de la Constitución. El constituyente ha decidido consagrarlo como guardián de los derechos fundamentales y órgano supremo de control de la Constitución (artículo 201 de la Constitución). Siguiendo la doble naturaleza de la Constitución, el Tribunal resuelve tales controversias asumiendo su carácter político y jurídico, sobre un marco interpretativo estrictamente normativo, procurando resolver cuestiones sociales y asuntos públicos subyacentes en el sentido de la propia Constitución (fundamento 11 de la STC 0050-2004-AI/TC y *otros*, siguiendo el artículo 98 del Código Procesal Constitucional). La atribución para evaluar la validez constitucional de las normas con rango de ley no es una que haya recibido del Congreso de la República, sino de la Constitución misma. Y si la Constitución le ha encargado a éste, en tanto poder constituido, funciones como la legislativa, al Tribunal Constitucional le ha encomendado, entre otras, la de controlar la producción legislativa a fin de que no se transgreda el principio de supremacía constitucional. Por tal razón, este último se convierte en el vocero del poder constituyente (fundamento 1 de la STC 0002-2001-AI/TC; fundamento 5 de la STC 0050-2004-AI/TC y *otros*).

Como autoridad judicial que interpreta y aplica las normas constitucionales, ha de tener presente su contenido preciso cuando analice las normas con rango de ley sometidas a su control, y ha de vivificarlas, infundiéndoles el espíritu progresivo de la Constitución (Calamandrei 1962). El parámetro a utilizar en un proceso de inconstitucionalidad no sólo está compuesto únicamente por el contenido del texto constitucional, sino también por el bloque de constitucionalidad nacional (artículo 79 del Código Procesal Constitucional) e internacional (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución), así como las interpretaciones realizadas por la jurisprudencia constitucional (artículo VI *in fine* del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional) y también la del sistema interamericano de derechos humanos (artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional).

Esta búsqueda constante por encontrar la norma, detrás de la disposición, permite

que en el fondo se creen reglas jurídicas a partir de la actividad interpretativa del juez (Scalia 1997), aplicando -si es necesario- el principio de interpretación conforme, calificado en el modelo alemán como '*verfassungskonforme Auslegung des Gesetzes*' o en el estadounidense, como '*in harmony with the Constitution*' (Fix-Zamudio 2009).

Cuando se emite una sentencia de inconstitucionalidad, el Tribunal está asumiendo un rol de colaboración con la gobernabilidad del Estado, su legitimidad y desarrollo, máxime si la adopción de la decisión judicial sirve muchas veces para solucionar controversias en el espacio político (Tate y Vallinder 1995). La importancia de su actuación resalta aún más en vista que la naturaleza de las controversias constitucionales suele estar ligada a *hard cases* -o casos trágicos- (Dworkin 1975; Atienza Rodríguez 1997).

Por ello, se exige que cada sentencia deba emitirse bajo criterios racionales y objetivos, en base a razonamientos jurídicos (Favoreu 1994), con ética, independencia e idoneidad, una triada que lo ha de orientar (Bidart Campos 1998). Las controversias sobre la Constitución deben resolverse sobre un marco interpretativo estrictamente normativo, procurando zanjar cuestiones sociales y asuntos públicos, que subyacen el sentido de la propia Norma Fundamental.

El proceso de inconstitucionalidad, por tanto, se ha convertido en uno de los principales instrumentos utilizado por el Tribunal Constitucional en el Perú para ejercer su función de órgano de control de la Constitución. Dicho objetivo genérico es cumplido de distintas formas (fundamento 16 de la *STC 0054-2004-AI/TC*; *fundamento 9 de la STC 0048-2004-AI/TC*, explicando el sentido del artículo 201 de la Constitución): al *valorar la norma sometida a control constitucional, velando* por la preeminencia de la Norma Suprema sobre el resto de las normas del ordenamiento jurídico del Estado; al *pacificar a través de pronunciamientos con efectos modulados*, orientados a crear certidumbre, estabilidad y seguridad respecto de los hechos que, directa o indirectamente, sean sometidos a su conocimiento o que puedan tener lugar como consecuencia de la expedición de sus sentencias (fundamento 2 de la *STC 0021-2003-AI/TC*, seguido en fundamento 4 de la *STC 0002-2005-PI/TC*); al *ordenar mediante sentencias con efecto vinculante sobre los aplicadores del Derecho y sobre los ciudadanos en general*; y, al *racionalizar* el ejercicio del poder.

## 5. Bibliografía

- ACKERMAN, Bruce (2007). “The Living Constitution”. *Harvard Law Review*, 120.
- ACOSTA SÁNCHEZ, José (1998). *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional. Fundamentos de la democracia constitucional*. Madrid, Tecnos.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel (1997). “Los límites de la interpretación judicial. De nuevo sobre los casos trágicos”. *Isonomía*, 6.
- BIDART CAMPOS, Germán (1998) “Justicia Constitucional y Reforma del Poder Judicial. La Justicia Constitucional a finales del siglo XX”. *Revista del Instituto de Ciencias Políticas y Derecho Constitucional*, VII (6).
- CALAMANDREI, Guido (1962). *Corte Constitucional y Autoridad Judicial, Estudios sobre el Proceso Civil; III*. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América.
- CONSTANT, Benjamin (1997 (1792)). “Principes de politique”. In, *Ecrits politiques*. Paris, Folio.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro (1987). *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- DWORKIN, Ronald (1975). “Hard Cases”. *Harvard Law Review*, 88-1057.
- EGUIGUREN PRAELI, Francisco (2009). “Las sentencias interpretativas o «manipulativas» y su utilización por el Tribunal Constitucional peruano”. In, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y Arturo ZALDÍVAR LELO DE LARREA (coord.). *Aspectos del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en Homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*. Lima, IDEMSA.
- FAVOREU, Louis (1994). *Los tribunales constitucionales*. Barcelona, Ariel.
- FERRAJOLI, Luigi (2002). *Derechos y Garantías: La ley del más débil*. 3ª ed. Madrid, Trotta.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor y Eduardo FERRER MAC-GREGOR (2009). *Las sentencias de los Tribunales Constitucionales*. Lima, Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional.
- GUASTINI, Riccardo (2011). *Disposición vs. Norma*. Lima, Palestra.
- HÄBERLE, Peter (2003). *El Estado constitucional*. Lima, Universidad Nacional Autónoma de México-Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- HÄBERLE, Peter (2004). “La jurisdicción constitucional institucionalizada en el Estado Constitucional”. In, HÄBERLE, Peter. *Nueve Ensayos Constitucionales y una Lección Jubilar*. Lima, Palestra.
- HAMILTON, Alexander, John JAY y James MADISON (1961(1788)). *The Federalist papers*. New York, New American Library.
- HESSE, Konrad (1983). *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- HESSE, Konrad (1996). “Constitución y Derecho constitucional”. In, BENDA, Ernst et al. *Manual de Derecho constitucional*. Madrid, Marcial Pons.
- KELSEN, Hans (1994). “La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)”. *Ius et Veritas*, V(9).
- LANDA ARROYO, César (2007). *Tribunal Constitucional y Estado democrático*. 3ª ed. Lima, Palestra.
- MAGALONI KERPEL, Ana Laura (2001). *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*. Madrid, Mc Graw Hill.

- MONTOYA CHÁVEZ, Víctorhugo (2008). “El stare decisis constitucional”. *Justicia Constitucional*, 3(5).
- PÉREZ TREMPES, Pablo (1985). *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- PIZZORUSSO, Alessandro (1982). “Il sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi”. *Quaderni Costituzionali*, II(3).
- SCALIA, Antonin (1997). *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*. New Jersey, Princeton University Press.
- SCHMITT, Carl (1983). *La defensa de la Constitución*. Madrid: Tecnos.
- TATE, C. Neal y Torbjörn VALLINDER (1995) *The Global Expansion of Judicial Power*. New York, New York University Press.
- TORO OCHOA, David *et al.* (2008). La independencia judicial y su posible medición: breve aplicación al caso de la Corte Constitucional colombiana. *Contexto*, 27.
- TRIBE, Laurence (2008). *The Invisible Constitution*. New York, Oxford University Press.
- VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés (2009). *Teoría constitucional del proceso*. Bogotá, Doctrina y Ley.
- WALKER, Neil (2002). The idea of constitutional pluralism. *Modern Law Review*, 65.
- ZAGREBELSKY, Gustavo (1995). *El Derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. Madrid, Trotta.





2016