

LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA

Jesús GONZÁLEZ PÉREZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La jurisdicción contencioso-administrativa*. III. *Las partes*. IV. *Actuaciones en relación a las cuales puede promoverse un proceso administrativo*. V. *Previsiones de las partes*. VI. *Ejecución forzosa y medidas cautelares*. VII. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

No es concebible un Estado de derecho sin un sistema de justicia que garantice la tutela de los derechos e intereses de los ciudadanos, frente a las arbitrariedades de la administración, por jueces independientes e idóneos.

De aquí, los esfuerzos de la doctrina de todos los países para perfeccionar los instrumentos procesales a través de los cuales los jueces presten una tutela efectiva a las demandas de justicia que ante ellos se formulen. Esfuerzos que se han ido plasmando lentamente a través de modificaciones continuadas de los ordenamientos jurídicos.

Se ha hablado tanto, se ha escrito tanto, se ha debatido tanto sobre la justicia administrativa, que resulta difícil decir algo en este ámbito que revista cierta novedad. Cuando oímos o leemos algo, o decimos algo sobre los defectos de que adolecen los distintos sistemas, siempre nos suena a repetición de cosas elementales. Y es que, por mucho que nos esforcemos, resulta difícil no ya superar, sino reducir las inmunidades de que gozan los que en cada momento detentan el poder, que no se resisten a renunciar a sus prerrogativas.

Es indudable que se ha avanzado mucho. Al menos en el plano de las legislaciones, aunque no tanto en la realidad, ya que muchas conquistas legislativas quedan en letra muerta. Por eso es necesario insistir sobre esos reductos que todavía quedan. Y como la práctica nos muestra cada día quiebras de normativas que creíamos perfectas, hay que denunciarlas.

Se producen continuamente cambios legislativos, algunas veces, concretados a reformas parciales de cuerpos legales ya existentes; otras, para promulgar nuevos códigos o leyes que contengan una regulación de la jurisdicción y de los procesos administrativos.

Tengo noticia de que están en trámite de reforma de sus ordenamientos jurídicos, aparte de Costa Rica, que lleva años dándole vueltas a un Código Procesal Administrativo que está sufriendo, durante su gestación, importantes modificaciones sin que llegue a satisfacer a todos, Venezuela y Nicaragua. En Venezuela se presentó a la Asamblea Nacional, en noviembre de 2004, un anteproyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa preparado por el doctor Alexander Espinosa, que consta de 106 artículos y contiene una regulación de la jurisdicción contencioso-administrativa y de los procesos de los que conoce, en la que se recogen algunos principios y normas que son comunes a la jurisdicción y no específicos de la contencioso-administrativa, por lo que no tienen razón de ser. En Nicaragua se presentó, en febrero de 2003, un anteproyecto de reforma de la Ley 350 reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, que afecta a extremos importantes de ésta.

Y entre las numerosas leyes promulgadas en los estados de la República mexicana sobre justicia administrativa, podemos citar como las más recientes a la Ley de Enjuiciamiento de lo Contencioso-Administrativo del Estado de Querétaro, de noviembre de 2003, la Ley de la Justicia Administrativa del Estado de Quintana Roo, de agosto de 2004, y el Código de Justicia Administrativa para el Estado de Durango, de febrero de 2004. Este último, siguiendo la línea del Código del Estado de México de 1997, el del Estado de Veracruz de 2001 y la Ley de Justicia y Procedimientos Administrativos del Estado de Nayarit de 2002, no se limita a regular el proceso ante el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo del Estado —al que dedica el libro segundo, artículos 98 a 193—, sino que regula también el procedimiento administrativo —al que dedica el libro primero, artículos 1o. a 97—.

En este trabajo voy a limitarme a tratar algunas de las cuestiones que considero más graves de las que todavía se plantean en las regulaciones de los procesos administrativos o en su aplicación.

II. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

1. *Los sistemas de organización de la jurisdicción contencioso-administrativa*

Estructurar los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, de manera que respondan a las exigencias del principio de tutela judicial efectiva, depende en buena parte de las peculiaridades y tradiciones de cada país. Durante muchos años, el ejemplo del contencioso-administrativo francés ha dado lugar a desviaciones en la organización de esta jurisdicción, por la errónea creencia de que la bondad del sistema del país pionero en contar con una justicia administrativa satisfactoria radicaba en confiar esta jurisdicción a órganos no encuadrados en el Poder Judicial; cuando lo decisivo era el personal que integraba el órgano. Ciertamente, los jueces de los tribunales de la jurisdicción ordinaria, con una formación civilista o penalista, carecían de la preparación que requería la decisión de unos conflictos con arreglo a un derecho —administrativo— que no aplicaban y desconocían.

Crear, por tanto, que con crear unos tribunales para dirimir estos conflictos estaba arreglado todo, constituye el más craso error, si luego, a la hora de reclutar a los magistrados de esos tribunales que se llaman contencioso-administrativos, todo lo que se exige es que hayan acreditado una especialización en derecho administrativo o fiscal, sin decir cómo se acredita esa especialización; a veces ni siquiera esta referencia a la especialización. En este error han incurrido algunas de las legislaciones mexicanas.

Desengañémonos, sólo puede existir garantía de una buena justicia administrativa si los magistrados que integran los tribunales a los que se confía tienen una especialización adecuada en el derecho que han de manejar, concretamente, derecho administrativo. Los tribunales pueden formar parte de la organización judicial común o estar fuera de ella, pero es indispensable que sus magistrados tengan la preparación suficiente.

No desconozco que hay casos en que un buen jurista no especializado puede llegar a ser un magnífico juez administrativo con muy poca experiencia. En el Tribunal Supremo Español uno de los mejores magistrados, que pasó por su Sala de lo Contencioso-Administrativo, fue un catedrático de derecho romano; y es que, indudablemente, un buen hombre de derecho, con una buena formación —aunque sólo sea teórica—, puede en

tiempo brevísimo imponerse en una rama especial. Pero estos grandes juristas no abundan, por lo que, con realismo, hemos de formar para cada orden jurisdiccional los jueces con la preparación necesaria.

Éste no es un problema de hoy, es un problema de siempre, pero que hoy conserva plena vigencia.

2. Delimitación del ámbito de la jurisdicción

Si es el ordenamiento jurídico-administrativo el que justifica la existencia de una jurisdicción contencioso-administrativa distinta a la de un orden jurisdiccional diferenciado dentro de la jurisdicción única, lógicamente su ámbito debe extenderse a todos los litigios sujetos al derecho administrativo o incluso derecho tributario.

Tradicionalmente nuestras leyes han venido delimitando esta jurisdicción en función de dos elementos: el subjetivo y el objetivo, la entidad frente a la que se demandaba justicia y el derecho en que se fundamentaba la pretensión. Porque desde sus orígenes no era contencioso-administrativo todo tipo de litigio, ya que al menos una de las partes era administración pública. Eran “materia contencioso-administrativa” únicamente aquellas cuestiones en que el interés público tenía una relevancia especial. En un principio, la delimitación era casuística, enumerándose las materias. Pronto se vio que esta fórmula era imperfecta —quedaban fuera algunas que eran típicamente administrativas—, y se adoptó una fórmula general.

Todavía existen, sin embargo, reminiscencias del sistema en buena parte de las leyes americanas, delimitando la jurisdicción con fórmulas sumamente casuísticas y complejas, creando confusión al justiciable, que ha de acudir a ellas, y dificultades en el juzgador.

Hoy puede hacerse la delimitación con fórmulas muy simples, teniendo en cuenta las consideraciones siguientes:

La referencia subjetiva a la administración pública o a las administraciones públicas, obligaba a definir qué se entendía por administración y excluía del control la actuación de órganos públicos no administrativos, concretamente los legislativos o judiciales.

Es incuestionable que la actividad legislativa o judicial cae fuera del ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa; pero existe actividad de órganos legislativos o judiciales que no es legislación o jurisdicción, sino actividad propiamente administrativa; y los litigios que puedan dar lu-

gar a una actividad de esta naturaleza no tienen razón para quedar fuera del control de los tribunales del orden contencioso-administrativo. Por lo que, para evitarlo, se acudió a una fórmula casuística, enumerando entre las cuestiones de las que, también, debía conocer ésta, las que surgieran en relación con actos en materia de personal, administración y gestión patrimonial sujetos a derecho público adoptados por estos órganos no administrativos.

Sin duda, es posible encontrar una fórmula más general, como es la referencia al derecho administrativo. Los órganos de naturaleza legislativa o judicial realizan los fines propios de tales poderes: legislar —o controlar al gobierno—, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado; pero para que puedan llevar a cabo estas funciones, que les son propias e inherentes, necesitan de medios. Estas funciones de provisión de medios son funciones administrativas sujetas al derecho administrativo; por lo que la delimitación puede hacerse en función del derecho que sirve de fundamento a las pretensiones de que han de conocer los tribunales de este orden, de derecho administrativo y, en su caso, derecho fiscal. Respondiendo a esta idea en el anteproyecto del Código Procesal Administrativo Modelo para Iberoamérica que (por encargo del Instituto Iberoamericano de Derecho Administrativo que lleva mi nombre) he redactado para someterlo a la consideración de los que en nuestra comunidad de naciones tengan interés por la justicia administrativa, su artículo 1o. dice:

Las pretensiones fundadas en derecho administrativo que se deduzcan frente al Estado y demás entidades públicas y particulares que actúen en ejercicio de potestades administrativas se conocerán por los órganos a los que se atribuye jurisdicción en este orden por las leyes reguladoras del Poder Judicial, en los procesos que se regulan en el presente Código.¹

Ahora bien, la delimitación de los órdenes jurisdiccionales, en función del derecho aplicable, ofrecía serias dificultades en algunas materias; concretamente en materia de responsabilidad patrimonial de los entes públicos y de contratación. Por lo que respecto de estas materias, a fin de facilitar el acceso a la tutela judicial de los ciudadanos, se propuso la unidad de jurisdicción, atribuyendo a la contencioso-administrativa el conocimiento de todos los litigios que surgieran en ellas, con independencia de que pudieran estar regulados en el derecho administrativo o en el civil.

¹ González Pérez, Jesús, “Hacia un Código Procesal Administrativo Modelo para Iberoamérica”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 123, pp. 343 y ss.

Aquí dejo constancia de la gran satisfacción que experimenté al conocer la publicación en México de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, del 30 de diciembre de 2004, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* al día siguiente. Satisfacción porque, dado mi amor por México y mi fe en el Estado de derecho, siempre es gratificante ver que esta República da un paso más para su estructuración definitiva como tal; y, sin duda —así se ha reiterado hasta la saciedad—, pieza fundamental de un Estado de derecho —tan ineludible como una buena jurisdicción contencioso-administrativa— en una regulación de responsabilidad patrimonial que garantice a los ciudadanos la integridad de su patrimonio frente a las lesiones que, sin deber de soportar, se deriven de la actividad de los poderes públicos y, concretamente, cuando realiza actividad administrativa. Por esta razón, cuando me enteré de la publicación de la ley —he de reconocer que desde España mi instrumento de información es el boletín informativo que edita el estudio de Margain Manuautou— me apresuré a pedir su texto que, en esta ocasión, me fue remitido con la máxima diligencia por el licenciado Miguel Alejandro López Olvera.

La ley reconoce el derecho de indemnización a “quienes, sin obligación jurídica de soportarlo, sufran daños en cualquiera de sus bienes y derechos como consecuencia de la actividad administrativa irregular del Estado” (artículo 1o.), fórmula correcta y más realista que la de la ley española que la amplía a las lesiones que sean “consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos” (artículo 139 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), interpretado con tanta generosidad que está poniendo de manifiesto que no hay presupuesto estatal que pueda soportar las consecuencias, de aquí la corriente crítica generalizada.² La ley mexicana, que configura la responsabilidad “objetiva y directa” —como impone una eficaz garantía—, define la actividad administrativa irre-

² En la línea crítica, Garrido Falla, “Los límites de la responsabilidad de la administración: una propuesta de reforma legislativa”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 94, pp. 173 y ss.; Pantaleón, *Responsabilidad médica y responsabilidad de la administración. Hacia un nuevo sistema*, Madrid, Civitas, 2002; en la *Revista Documentación Administrativa* los trabajos de Casino Rubio, “El derecho administrativo sancionador” y “La responsabilidad de la administración”, núms. 254 y 255, pp. 254 y ss.; Muñoz Machado, *Responsabilidad de los médicos y responsabilidad de la administración sanitaria*, núms. 237-238, pp. 259 y ss.; un resumen del problema en mi trabajo *La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*, 3a. ed., 2004.

gular, como “aquella que causa daño a los bienes y derechos de los particulares que no tengan la obligación de soportar, *en virtud de no existir fundamento legal o causa jurídica de justificación para legitimar el daño de que se trate*”. Sería imperdonable no citar aquí a Álvaro Castro Estrada, ya que su completa obra sobre responsabilidad patrimonial del Estado ha sido decisiva para su regulación, obra que terminó con una propuesta de ley que, en definitiva, ha sido la base de la ley promulgada.³

Pues bien, a efectos del tema que aquí se trata, lo que interesa destacar es que se consagra el sistema de unidad de jurisdicción para juzgar de las cuestiones derivadas de la responsabilidad, acogiendo la tesis que con buen sentido había defendido Castro Estrada en la obra citada. Partiendo de la experiencia de otros países, concretamente España, en que tantos conflictos de jurisdicción ha suscitado, sienta esta conclusión: “Nos atrevemos a afirmar que esta problemática ha sido tan grave que en ciertos momentos ha comprometido la sobrevivencia de la institución, sobre todo respecto del particular, quien viene a ser el principal perjudicado con las «luchas de competencia»” que se han suscitado respecto de las jurisdicciones pública o privada.

Nosotros estamos resueltamente en favor de un régimen de jurisdicción única en materia de responsabilidad patrimonial. Todo lo que sea preciso hacer para evitar que los tribunales puedan abdicar de su obligación de conocer y resolver los casos de responsabilidad patrimonial debe instrumentarse. Conscientes de ello, en nuestra propuesta de adición constitucional, para introducir en forma expresa una “garantía de la integridad patrimonial”, se ha contemplado la solución a esta grave dificultad, prescribiendo que las controversias de carácter jurisdiccional que puedan suscitarse deberán resolverse por los tribunales contencioso-administrativos. De esta manera se conjura en su mayor parte el problema,⁴ esto se llama en castellano “experimentar en cabeza ajena”. Castro Estrada ha sabido aprovechar la experiencia, que ya entre nosotros nos había llevado a acoger la unidad de jurisdicción.⁵ Quiero destacar también, como

³ Castro Estrada, *Responsabilidad patrimonial del Estado —Análisis doctrinal y jurisprudencial comparado—*. Propuesta legislativa en México, México, Porrúa, 1997; la propuesta de ley está en las pp. 496 y ss.

⁴ Castro Estrada, *op. cit.*, nota anterior, pp. 401 y ss.

⁵ La unidad de jurisdicción en materia de responsabilidad patrimonial de la administración ya fue consagrada en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956, aunque tan elogiada —y elogiada— innovación fue desvirtuada por la primera Ley de Régimen Jurídico del Estado de 1957; pero se restableció la unidad en la Ley de

otro acierto de la ley, que se reconoce expresamente la posibilidad de acuerdo transaccional (artículo 26).

3. *Las cuestiones prejudiciales*

Precisamente, uno de los obstáculos que derivan de la delimitación de órdenes jurisdiccionales, llevado a sus últimos extremos, consiste en que si a un tribunal que está conociendo de una cuestión sujeta al derecho administrativo surge una conexas regulada por un derecho que se atribuye a otro (verbigracia: civil, penal o laboral), no podría pronunciar sentencia sobre aquélla que le esté atribuida en tanto no decida el orden competente la que le es propia. La fórmula para superarlo y evitar la paralización que supondría es atribuir al Tribunal Contencioso-Administrativo jurisdicción para la decisión y conocimiento de las cuestiones prejudiciales no pertenecientes al orden administrativo directamente relacionadas con el contencioso-administrativo, si bien esta decisión no producirá efectos fuera del proceso de que se trate. Así lo estableció la ley española de 1956, norma que pasó a la ley vigente de 1998, excluyendo las cuestiones penales.

III. LAS PARTES

1. *Legitimación*

De los problemas que plantea la regulación de las partes en el proceso administrativo, ha ocupado siempre —y sigue ocupando— un lugar preferente el de la legitimación.

Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común en 1992. La vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998 ratificó la unidad (artículo 20.e) llegándose a ampliar hasta los supuestos en que en la producción del daño concurren los particulares y, después de una última reforma introducida por la Ley Orgánica 19/2003, ha quedado redactado así el apartado e), del apartado 2: “La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad”. Sobre esta evolución legislativa, me remito en mi trabajo “La Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común dos años después”, *Revista de Administración Pública*, núm. 136, pp. 39 y ss.; y mis *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, 4a. ed., 2003.

La evolución de la legislación contencioso-administrativa se ha caracterizado por una progresiva ampliación de la legitimación para poder accionar frente a la actuación de un ente público sujeto al derecho administrativo; de limitarse a aquél que ostentaba un derecho subjetivo hasta reconocerse al que tuviere un simple interés difuso, llegándose a establecer, al menos en determinadas materias, la acción pública; e incluso con carácter general, como en el Código Procesal Administrativo de la Provincia Argentina de Neuquén.⁶ Es más, en la línea más extrema, se ha negado razón de ser a este requisito procesal.⁷

Parece evidente que tiene sentido limitar la posibilidad de un proceso a aquel que tenga un interés. Donde no hay interés no hay acción. Salvo en ciertas materias, en que la relevancia del interés público aconseja reconocer la acción pública para reaccionar frente a situaciones que le contravengan, sólo es admisible que se ponga en marcha la complicada y costosa maquinaria de la justicia cuando aquel que la demanda tiene interés, cualquiera que éste sea.

A que este requisito procesal haya constituido un obstáculo a la tutela judicial y se haya derrochado tiempo inútil en delimitar el interés exigido ha contribuido la doctrina. Si en otros aspectos ha sido la doctrina la que, con su insistencia, ha sido un factor decisivo en el aumento y consolidación de las garantías, en éste, con sus disquisiciones, ha oscurecido más que aclarado los términos de los textos legales. Éstos, influenciados precisamente por la doctrina, han introducido calificaciones distintas, como “legítimo”, “directo”, “personal”, “individual” o “colectivo”, “difuso”, etcétera; cuando lo más probable es que sobre todas ellas, incluso la de legítimo.⁸

Para verificar hasta qué punto son artificiales y sin sentido las disquisiciones de la doctrina, basta con acudir a la jurisprudencia de cualquier tribunal; cualquiera que sea el ordenamiento que apliquen y la forma en que hubiesen calificado el interés. Después de consideraciones más o menos

⁶ H. Prieto, “La acción popular en el proceso administrativo”, *Derecho procesal administrativo (homenaje a Jesús González Pérez)*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, t. I, pp. 678 y ss.

⁷ Fue Alejandro Nieto el que más duramente criticó este requisito procesal. Véase “La discutible supervivencia del interés directo”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 19, pp. 523 y ss.

⁸ Así lo he reiterado en muchos trabajos; por ejemplo, en “Las partes en el proceso administrativo”, *La reforma de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid, Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1997, pp. 24 y ss. En el mismo sentido, Pérez Cortés, María Jeanneret de, “Las partes y la legitimación procesal en el proceso administrativo”, *Derecho procesal administrativo, cit.*, nota 6, pp. 469 y ss.

extensas, después de varias páginas de argumentaciones, después de derroche de “paciencia e ingenio” sobre interés legítimo, o directo, o legítimo, o personal, o colectivo o difuso, ¿sabéis en qué queda al final? Pues queda sencillamente en lo que dice el Diccionario de la Real Academia: se acaba reconociendo que existe “interés” —y, por tanto, legitimación— cuando el éxito de la pretensión reporta al que la formula como “beneficio”, “utilidad”, “ganancia”, “comodidad”... o, dicho de otro modo, que le evitaría un perjuicio, una incomodidad... Que es como define la Academia la palabra interés. La jurisprudencia está acudiendo, no a un concepto de la ciencia jurídica, sino al diccionario para verificar cuál es “el sentido propio de las palabras”, como imponen al intérprete los más elementales criterios hermenéuticos y de las normas jurídicas en el artículo 3.1 del Código Civil Español.

Sin embargo, nuestras leyes, todas, siguen calificando el interés. Afortunadamente, las jurisprudencias han sido más sabias y acaban ignorando los sutiles calificativos.

2. *Partes principales y accesorias*

Otro tema de cierta actualidad es el de la distinción entre partes principales y accesorias.

Hasta fecha relativamente reciente, en nuestras leyes reguladoras del proceso administrativo figuraba el “coadyuvante”, que era una parte accesoria de la principal, concretamente de la administración pública demandada. Coadyuvaba con ésta a fin de que la sentencia fuese desestimatoria. En un principio se atribuía esta condición, no sólo a los que eran partes que mantenían en el proceso una posición subordinada de la principal, sino a quienes eran auténticas partes principales, lo que era absurdo. Si la pretensión procesal deducida trataba de dejar sin efecto, por ejemplo, el acto de nombramiento de un funcionario, el otorgamiento de una concesión de dominio público, o una licencia reconociendo el derecho a edificar, ¿es que el funcionario nombrado, o aquel al que se otorgó la concesión o la licencia no son tan parte principal —o más— que la administración que dictó el acto? Y así llegó a reconocerlo la jurisprudencia, recogiendo la distinción entre parte principal y accesoria.⁹

⁹ Fue López Rodo, en su tesis doctoral *El coadyuvante en lo contencioso-administrativo*, Madrid, 1943, el que dejó reducida la figura del coadyuvante como parte accesoria a sus justos límites.

Pues bien, últimamente se ha ido al polo opuesto; si antes se incluía entre los coadyuvantes a quienes eran partes principales, hoy todas son partes principales. Ha desaparecido el coadyuvante, ejemplo de ello es la ley española de 1998 y la Ley del Proceso Contencioso-Administrativo de Perú de 2001.

La realidad procesal nos muestra que en el proceso intervienen partes que tienen muy distinta relación con la cuestión que constituye el objeto del proceso y, consiguientemente, el alcance de los efectos de la sentencia que en su día se dicte.

¿Cómo va a tener igual poder de disposición sobre el proceso aquel que acude a él a defender el derecho que le reconoce el acto administrativo (por ejemplo, establecer una línea de transportes por carretera, un establecimiento sanitario o un centro docente), que aquel que se presenta para defender el acto porque le conviene por razones de vecindad que se establezca la línea de transporte, o se instale el establecimiento sanitario o docente? Como son distintos los efectos que para uno y otro tendrá la sentencia, cualquiera que fuere el sentido de los pronunciamientos.

Es necesario, pues, distinguir entre partes principales y accesorias, entre el que tiene la condición de parte desde el momento de incoarse el proceso y los que comparecen a coadyuvar a alguna de las partes porque tienen interés en que prevalezca la posición que mantengan; en definitiva, llamando a las cosas por su nombre, entre interesado e intervención adhesiva. Y admitir —cosa que no hacen las leyes que siguen admitiendo la distinción— que se puede coadyuvar, no solo a la parte demandada, sino también a la demandante.¹⁰

En las leyes hispanoamericanas se sigue admitiendo la distinción, pero en todas ellas domina una gran imprecisión al admitir ambos tipos de partes y al establecer los regímenes respectivos. He intentado aclararlo —no sé si lo he conseguido— en el anteproyecto del Código Procesal Administrativo Modelo para Iberoamérica.¹¹

¹⁰ Con la debida extensión trato la cuestión al criticar la ley española, en mis *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, 4a. ed., Madrid, Civitas, 2003, t. I, pp. 582 y ss.

¹¹ El texto del anteproyecto puede consultarse en la *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, año 3, núm. 3, pp. 173 y ss., y en el núm. 166 de la *Revista de Administración Pública*. Explicaciones de la normativa que se propone en mi trabajo “Hacia un Código...”, *cit.*, nota 1, pp. 353 y ss.

IV. ACTUACIONES EN RELACIÓN A LAS CUALES PUEDE PROMOVERSE UN PROCESO ADMINISTRATIVO

1. *El objeto del proceso administrativo*

Parece que ya nadie duda de que el objeto del proceso administrativo sujeto al derecho administrativo no sea el acto o actuación en general.

El objeto del proceso administrativo —como de todo proceso— es la pretensión que se deduce ante un órgano jurisdiccional en demanda de justicia. En el proceso administrativo lo que dará lugar a la reacción que determinará la iniciación del proceso será una actuación —no sólo acto— o inactividad imputable a una administración pública o a un órgano del Estado o de otro ente público en ejercicio de actividad administrativa.

Tradicionalmente el contencioso-administrativo ha estado referido a un acto administrativo, hasta llegar a considerar a éste el objeto del proceso. No es el objeto, aunque se le reconozca al tribunal que enjuicia un contencioso-administrativo, plantearse, en relación al acto, otros motivos de impugnación no alegados por las partes. Abriendo las puertas de la administración al proceso no será la única forma de manifestarse, como insistentemente se ha venido señalando; pero sí constituirá el supuesto normal de actuación de la administración en relación a la que se formula la pretensión (como creo que dejé demostrado en mi intervención en el Seminario Iberoamericano de Derecho Administrativo, que en mi homenaje tuvo la atención de organizar el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM sobre *Perspectivas del derecho administrativo en el siglo XXI*).¹²

A continuación me referiré, además de al acto administrativo —y al reglamento—, siguiendo las nuevas corrientes, a la inactividad de la administración y a las vías de hecho.

2. *El acto administrativo*

Como acabo de señalar, por lo general la pretensión procesal administrativa se formulará en relación de un acto sujeto al derecho administrativo, bien por aquel que resulta afectado por él —como por ejemplo: por

¹² En mi trabajo “Acto administrativo y pretensión procesal”, *Perspectivas del derecho administrativo en el siglo XXI*, México, UNAM, 2002, pp. 7 y ss.

no haberle reconocido en vía administrativa aquello a que tenía derecho o por imponerle una carga— o por aquel que mantuvo en vía administrativa una posición contraria al que obtuvo el reconocimiento del derecho, por considerar que ello le perjudicaba.

Respecto del acto solamente quiero señalar tres cosas:

Que, a pesar de la crítica casi unánime de la doctrina, se sigue manteniendo como requisito para que quede abierta la vía procesal que el acto agote la vía administrativa, interponiendo los recursos que con carácter preceptivo se establezcan. Exigencia tan arraigada, que la jurisprudencia se resiste a abandonar. Lo ha dicho muy gráficamente Daniel Fernando Soria, refiriéndose a la legislación argentina: “En lugar de avanzar hacia la apertura jurisdiccional en procurar de una tutela judicial efectiva, se persiste en mantener y ampliar el arraigado y siempre rescatado dogma de las vías administrativas previas”; y en términos parecidos se pronuncian Perrino y Cassagne.¹³ En Perú es impuesto el requisito por la Constitución, por lo que la ley no ha podido sino matizarlo y limitarlo en lo posible.¹⁴

Las leyes mexicanas se han apartado de esa constante de las demás legislaciones. Siempre he elogiado una norma, que suele estar en todas las leyes mexicanas reguladoras de los procedimientos administrativos y contencioso-administrativos, que dispone categóricamente que cuando las normas establezcan algún recurso o medio de defensa será optativo para el interesado agotarlo o incoar el proceso administrativo. Por esta razón la he recogido en el artículo 17.2 del anteproyecto del Código Procesal Administrativo Modelo para Iberoamérica, al que ya me he referido.

No obstante, en algunas de las leyes recientes, como el Código de Procedimientos Administrativos del Estado de Veracruz de 2001, en su artículo 289, al enumerar las causas de improcedencia, se incluye una, que no suele figurar en otras: que será improcedente el juicio cuando los actos o resoluciones “pueden impugnarse por medio de algún recurso o medio de defensa, *con excepción de aquéllos cuya interposición sea optativa*” (artículo 289.VIII); cuando lo que aquí es excepción es la regla general.

¹³ En el libro *Derecho procesal administrativo (homenaje a Jesús González Pérez)*, cit., nota 6; Soria, *Las vías administrativas previas en el contencioso federal contra la administración*, pp. 807 y ss.; Perrino, *Reclamo administrativo previo*, pp. 859 y ss.; Cassagne, “Reflexiones sobre la justicia contencioso-administrativa y sus perspectivas al comenzar el siglo XXI”, *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, núm. 3, pp. 113 y ss.

¹⁴ Danos, “Las resoluciones que ponen fin al procedimiento administrativo”, *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, núm. 3, pp. 71 y ss.

Como el requisito del acto administrativo previo podía impedir el acceso a la jurisdicción administrativa de aquel que hubiera pretendido algo ante la administración, que ésta viniera obligada a hacer, surgió la ficción de presumir que el transcurso del plazo constituiría una denegación, a los solos efectos de dejar abierta la vía contencioso-administrativa; por tanto, no es correcto establecer, como hacen algunas leyes —como la de Perú de 2001, en su artículo 4o.2—, que es “impugnable” “el silencio administrativo”.

Ahora bien, al lado de la presunción denegatoria —negativa ficta, en terminología de las leyes mexicanas—, surgió la estimatoria —afirmativa ficta—, y ésta sí supone la existencia de un acto, *no sólo a los efectos* de dejar abierta la vía procesal, por lo que aquí sí podría hablarse de “actividad impugnabile”.

Por cierto, esta corriente legislativa de ir extendiendo los supuestos del llamado “silencio positivo” la considero errónea, porque más que ampliar las garantías del administrado las cercena, y siempre olvida la posible existencia del interesado que mantiene una posición contrapuesta a aquel que obtuvo la estimación del silencio por pasividad, en la mayoría de los casos consciente y deliberada, evitando el pronunciamiento con la obligación de motivar lo que difícilmente se puede defender. Pero éste es otro tema (al que por cierto, he dedicado numerosos trabajos).¹⁵

Por último, queda denunciar otro de los atentados a la tutela judicial efectiva que sigue manteniéndose en nuestras leyes reguladoras del contencioso-administrativo: la no admisión de la impugnación de los actos que sean reproducción de actos consentidos y firmes, por no haberse interpuesto contra ellos los recursos admisibles.

Como he recordado recientemente (en el trabajo con el que he contribuido al libro homenaje a mi buen amigo y admirado administrativista Jorge Fernández Ruiz), este requisito procesal ha sido criticado con generalidad, pero se ha mantenido desde las primitivas leyes españolas del siglo XIX sobre el contencioso-administrativo, hasta la vigente de 1998, pasando a las legislaciones americanas. Salvo excepciones, se estima que no tiene sentido, que no puede invocarse el consentimiento para enervar el ejercicio de derechos, siempre que no hubieran transcurrido los plazos

¹⁵ Posición que comparte mi compañero González Navarro. *Cfr.* por ejemplo, nuestros *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, 3a. ed., Madrid, Civitas, 2004, t. I, comentario a los artículos 42 y 43.

de prescripción. Si el titular de un derecho subjetivo acude a la administración solicitando que se le reconozca y dicte un acto denegatorio, el hecho de no haber deducido frente a este acto los recursos admisibles, dentro de los breves plazos que se prevén al efecto, puede ser un obstáculo para que, si replanteada la situación sin que hubiera prescrito el derecho y dictado una nueva resolución denegatoria, no pueda deducirse “recurso contencioso-administrativo”.

El mantenimiento de esta causa de inadmisibilidad sí que es, indudablemente, una reminiscencia del viejo principio —tan criticado— de que la jurisdicción contencioso-administrativa es revisora de la vía administrativa; no obstante, se mantiene en casi todos los ordenamientos. En México se incluye, entre las causas de improcedencia, el consentimiento *expreso* y el consentimiento *tácito*, que es el que se define por no haber promovido el juicio contencioso-administrativo en los plazos señalados —*cfr.* el Código de Justicia Administrativa de Durango de 2004 (artículos 185.VI y VII); Código de Justicia Administrativa del Estado de México de 1997 (artículos 63.IV y V); Ley de Justicia Administrativa del Estado de Jalisco de 1999 (artículo 29.IV); Ley de Justicia Administrativa del Estado de Quintana Roo de 2004 (artículos 63.IV y V); Ley de Justicia Administrativa del Estado de Tabasco de 1997 (artículo 42.IV); Ley de Justicia Administrativa del Estado de Zacatecas de 2000 (artículo 61.IV); Ley de Justicia y Procedimientos Administrativos del Estado de Nayarit de 2002 (artículos 260.V y VI); Ley de Enjuiciamiento de lo Contencioso-Administrativo del Estado de Querétaro de 2003 (artículo 19, VI) y el proyecto de Ley Federal (artículo 7o.IV)—.

Tal y como está redactada la causa de “improcedencia” en las leyes mexicanas, sería absurda una interpretación que condujera a lo que en otras legislaciones —como la española— resulta imposible, al disponer expresamente la inadmisibilidad del contencioso-administrativo contra el acto que sea “*reproducción* de otros anteriores definitivos y firmes, y los *confirmatorios* de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma” (artículo 28 de la ley española). Las leyes mexicanas se limitan a establecer la improcedencia de promover el juicio contra el acto *consentido*, es decir, contra el mismo acto, no contra el que sea reproducción o confirmación de aquél; por lo que una interpretación congruente con el principio de la tutela judicial efectiva salvaría al ordenamiento mexicano de las críticas —fundadas— que se han dirigido a los demás, como al español.

3. *El reglamento*

Se ha avanzado mucho en orden al control por la jurisdicción contencioso-administrativa del ejercicio de la potestad reglamentaria. Si en un principio se excluían del control las disposiciones generales por estimar que, aunque emanaran del Ejecutivo, no tenían naturaleza administrativa, se fue extendiendo progresivamente el control jurisdiccional. Este proceso no ha culminado, todavía hay ordenamientos recientes que los excluyen de lo que se denominan actuaciones impugnables, como la ley de Perú de 2001 (artículo 4o.), y algunas leyes mexicanas al enumerar los supuestos de improcedencia incluyen el de dirigir la acción contra “reglamentos, circulares o disposiciones de carácter general”, aunque se añada “que no se hayan aplicado correctamente”, como establece el artículo 185.XIV del Código de Justicia Administrativa del Estado de Durango de 2004.

Ésta es una constante de la mayoría de las leyes mexicanas, que vienen a recoger como garantía del administrado el llamado recurso contencioso indirecto, esto es, la admisibilidad del contencioso-administrativo contra el acto administrativo que aplica correctamente una disposición reglamentaria, siempre que ésta contravenga una de jerarquía superior. Esta modalidad de control de la legalidad de los reglamentos puede constituir garantía suficiente, ya que, normalmente, el ciudadano no se preocupa de verificar si una disposición general puede o no afectar sus derechos o intereses cuando se publica en los diarios oficiales; sólo reacciona cuando sufre sus consecuencias a través del acto que la aplica. Pero existe un fallo: que, a veces, el reglamento impone una obligación o carga al ciudadano sin necesidad de un acto de aplicación o sujeción individual. En este caso, al no admitirse la impugnación directa, el administrado afectado queda sin la garantía del contencioso-administrativo para defender sus derechos e intereses frente a la imposición reglamentaria contraria a la ley.

La generalidad de los ordenamientos admite hoy la impugnación directa de los reglamentos ante la jurisdicción contencioso-administrativa; pero todavía existen limitaciones al control que ejercen los tribunales, que impiden afirmar que existe una plena tutela judicial efectiva en este ámbito. Las más relevantes de estas limitaciones que suelen perdurar son las siguientes:

Que el control judicial se limita a un pronunciamiento sobre la nulidad de la norma reglamentaria que infringe otras de jerarquía superior, sin que

pueda determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de la disposición en lugar de los declarados nulos; porque esto —se dice— supondría una invasión de una competencia que es exclusiva del Poder Ejecutivo. Esto es válido en términos generales, pero no cuando la norma de rango legal que resulta infringida por la reglamentaria imponía una determinada solución, sin dejar margen alguno al Ejecutivo. En estos supuestos, ¿qué sentido tiene la limitación? Si la norma legal, por ejemplo, al regular un determinado impuesto, reconocía un supuesto claro de exención o bonificación, que el reglamento elimina o reduce, ¿por qué el tribunal no va a poder condenar en la sentencia a que la norma reglamentaria quede redactada en la forma que había establecido la ley?

Declarada la nulidad de una norma reglamentaria, la nulidad produce efecto *erga omnes*, no existe limitación subjetiva de la eficacia de la sentencia. La anulación, como la de cualquier acto administrativo de gravamen, produce efectos no sólo respecto de los que hubiesen sido parte en el proceso, sino respecto de todos. Sin embargo, no lo reconocen así algunos ordenamientos, y en algunos se produce una interpretación que se resiste a reconocer aquel alcance general a los fallos, como en Argentina (corriente criticada por Cassagne en un excelente y completísimo trabajo sobre el tema).¹⁶

Y, por último, en esta visión general del control de la potestad reglamentaria, una referencia a los efectos de la sentencia declarando la nulidad de una disposición general respecto de los actos dictados en aplicación de ella. Las legislaciones que se refieren a este aspecto del control suelen establecer que la sentencia no afectará por sí sola a los actos firmes, salvo en el caso de que la nulidad del precepto supusiera la exclusión o la reducción de las sanciones no ejecutadas completamente; así lo establece la ley española de 1998 (artículo 73).

El tema no es de fácil solución, en cuanto no puede prescindirse del principio de seguridad jurídica, y ha sido objeto de especial estudio por la doctrina española.¹⁷

¹⁶ “El control judicial de la actividad reglamentaria y demás actos de alcance general”, *Derecho procesal administrativo (homenaje a Jesús González Pérez)*, cit., nota 6, pp. 985 y ss. Cfr. asimismo, Barraza, *La impugnación de actos de alcance general*, en la misma obra, I, pp. 1015 y ss.

¹⁷ A título de ejemplo, Asís Roig, “La conservación de actos no firmes dictados en ejecución de una disposición declarada nula”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 59, pp. 455 y ss.; y “El tiempo como factor distorsionante de los efectos de anulación judicial del Reglamento”, *Revista de Administración Pública*, núm. 120,

4. *La inactividad material de la administración*

Hace unos años, en 1962, Alejandro Nieto, en un trabajo publicado en el núm. 37 de la *Revista de Administración Pública*, llamaba la atención sobre las deficiencias de los ordenamientos procesales administrativos para una tutela judicial efectiva frente a la inactividad material de la administración, que diferenciaba de la formal en el sentido de que, mientras ésta consiste en la pasividad de la administración dentro de un procedimiento —simple ignorancia a una petición de los particulares—, la inactividad material es “una pasividad, un no hacer de la administración en el marco de sus competencias ordinarias”, concluyendo la exigencia legal y jurisprudencial de que la intervención jurisdiccional ha de condicionarse a un acto previo en el sentido formal indicado y no a un acto material, “son inadmisibles en los recursos contra la inactividad material de la administración”. Si bien reconocía que la solución a que llegó nuestra jurisprudencia no era tan mala.

El sistema español de garantías, frente a la inactividad material de la administración, se basa en una técnica complicada de su convertibilidad en actividad formal, privándose de actos positivos, pero armonizando lo tradicional con lo moderno puede revelarse muy eficaz, sobre todo si el Tribunal Supremo abandona su rigidez de miras, típicamente preexistentes, en el momento de relacionarse el contenido de la sentencia con el acto administrativo que la provoca.¹⁸

pp. 195 y ss.; Gómez Ferrer, “Nulidad de Reglamentos y actos dictados bajo su vigencia”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 14, pp. 387 y ss.

¹⁸ “La inactividad material de la administración y el recurso contencioso-administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 37, pp. 63 y ss. Sobre el tema insistió años después en *Documentación Administrativa*, 1986, núm. 208, pp. 229 y ss., y en “La inactividad de la administración”, *Ponències del Seminari de Dret Local*, Barcelona, Ayuntamiento de Barcelona, 1996, pp. 173 y ss. En la misma línea, la doctrina; así, Ferrer, “El control jurisdiccional de la inactividad administrativa”, *Documentación Administrativa*, núm. 208, pp. 263 y ss.; Morell Ocaña, “La inactividad de la administración: técnicas alternativas a la del silencio ante la omisión legislativa de los standares de conducta previstos en la ley”, *Documentación Administrativa*, núm. 208, pp. 65 y ss.; Hernández Marqués, “Sobre la LJ y la inactividad administrativa”, *Boletín del Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 14, febrero de 2000, pp. 23 y ss. En Venezuela, sobre la insuficiencia del recurso por abstención o carencia, ha insistido la doctrina, como Brewer-Carias, en *Instituciones políticas y constitucionales*, Caracas, San Cristóbal, 1997, t. II, pp. 266 y ss., y sobre todo, Urosa, Daniela, *Tutela judicial frente a la inactividad administrativa en el derecho español y venezolano*, Caracas, 2003. En derecho argentino, G. A. Muñoz, “La inactividad de la administración”, *Actualidad y perspectivas del derecho público a*

La crítica dio lugar a que se propugnara una modificación de las legislaciones tradicionales, de tal modo que se reconociera esta actitud de pasividad de la administración como uno de los supuestos frente a los que se podía incoar un proceso administrativo, articulándose un sistema adecuado.

En las legislaciones se reflejó esta corriente doctrinal, y en algunas de las más recientes se incluyó la inactividad entre los supuestos de “actividad impugnabile”; así se puede ver en la ley española de 1998 (artículo 29), en el Código Procesal Administrativo de la Provincia de Buenos Aires y en la ley de Perú de 2001 (artículo 4o.2). Pero en la regulación del proceso administrativo, que en estas leyes se contiene al configurar el supuesto como de “actividad impugnabile”, la consecuencia no es otra que admitir la incoación de un proceso declarativo o de cognición, que acabará en una sentencia de condena a la administración para que realice aquello que debió hacer y no hizo.¹⁹

En mi opinión, al plantearse el tema de la protección jurisdiccional frente a la inactividad material de la administración, no se ha centrado en sus justos términos. Una reglamentación adecuada de las especialidades, que requiere una protección eficaz, ha de tener en cuenta las consideraciones siguientes:

El proceso administrativo es —o al menos ha venido siendo— un proceso de conocimiento, de cognición o declarativo. Partiendo de la elemental clasificación entre procesos declarativos y de ejecución, el contencioso-administrativo participa de la naturaleza de los primeros; tiene por objeto decidir si la pretensión que se formula es o no ajustada al ordenamiento, a fin de dictar sentencia accediendo o no a lo pedido, y, en su caso, condenando a la administración demandada a una condena que puede consistir en una actividad material de dar o hacer. Y si la administración no cumple voluntariamente aquello a que ha sido condenada por

finis del siglo XX. Homenaje al profesor Garrido Falla, Madrid, Editorial Complutense, 1992, t. II, pp. 1106 y ss., y Perrino, “La inactividad administrativa y su control judicial en Argentina”, *El procedimiento administrativo y el control jurisdiccional de la administración pública. VI Jornadas Hispano-Argentinas en Homenaje al Profesor Laureano López Rodó*, INAP, 2002, pp. 71 y ss. En Costa Rica, Jinesto Lobo, *La dimensión constitucional de la jurisdicción contencioso-administrativa*, San José de Costa Rica, 1999, pp. 35 y ss.

¹⁹ He criticado esta regulación del control de la inactividad material en multitud de ocasiones. *Cfr.* mis *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, *cit.*, nota 9, comentario al artículo 29.

la sentencia, procederá la ejecución forzosa. El proceso de ejecución seguirá a la sentencia para que se realice lo que en ella se mande contra la voluntad de los titulares de los órganos administrativos competentes.

Si ante la inactividad de la administración lo que se pretende es una actividad material, un dar o hacer, no tendría sentido seguir todos los trámites del proceso administrativo declarativo hasta la sentencia, cuando, por existir ya un título ejecutivo con fuerza obligatoria, lo que se pretende de la administración no es la sentencia de condena, sino la ejecución; para lo cual, lo que impondría la tutela jurisdiccional efectiva sería arbitrar un proceso administrativo ejecutivo —al igual que existe en el proceso civil— en el que, dando por supuesto —por estar decidido y no admitirse discusión sobre ello— la obligación de dar o hacer, la tramitación tratará de hacer efectiva la realización de aquella actividad necesaria para su realización.

Por el contrario, aunque lo que se pretendiera de la administración fuera una actividad material, lo que está en discusión es si efectivamente la administración viene obligada a realizarla, éste sería el objeto del proceso, y sólo una vez decidida en la sentencia la condena es cuando quedaría abierta la ejecución. Cuando así ocurra, las especialidades del proceso para conocer de la pretensión frente a la inactividad vendrían impuestas por la naturaleza de la actividad omitida y la urgencia de su realización. Siempre existirán prestaciones cuya realización, dada su naturaleza, sería muy difícil lograr con la perentoriedad exigida por los cauces de un proceso, por sumárisimo que fuera.

No se trata del gravísimo defecto de la lentitud que parece acompañar a los mecanismos judiciales como la sombra al cuerpo —del que habla Nieto—,²⁰ al que podría ponerse remedio, al menos en parte, con una adecuada regulación de las medidas cautelares. Es que puede ser de tal entidad la urgencia de la petición que el proceso no resultaría idóneo para lograrlo: pensemos, por ejemplo, en una prestación sanitaria de los servicios de la seguridad social, consistente en una operación quirúrgica urgente;²¹ o que los servicios de bomberos no acuden a la llamada de los habitantes de una casa que está ardiendo, o en la pasividad de la fuerza pública ante los actos vandálicos de unos jóvenes que toman un barrio.

²⁰ *La inactividad...*, cit., nota 18, p. 122. Hecho reconocido unánimemente por la doctrina procesal.

²¹ Así, en mi trabajo “Nuevos sistemas de control de las administraciones públicas”, *Justicia administrativa*, Tucumán, UNSTA, 1981, p. 92.

En conclusión, una eficaz tutela jurisdiccional frente a la inactividad material requeriría, respecto de los supuestos en que exista título ejecutivo, arbitrar un proceso ejecutivo encaminado a la realización de la actividad; en los restantes casos, regular un proceso sumario en el que, aparte de la sencillez —podrá consistir en juicio oral—, se establecieran adecuadas medidas cautelares —admitiendo, por supuesto, la adopción antes de incoarse el proceso—, posibilidad de acudir a la vía procesal sin el presupuesto de acto previo o, en otro caso, si la naturaleza de la pretensión lo admitiese, fijando un plazo brevísimo para que la administración pudiera realizar la actividad, una vez formulada la reclamación por el demandante, y ampliar en lo posible las potestades de sustitución del juez.

He recogido en el anteproyecto de Código Procesal Administrativo Modelo para Iberoamérica una regulación de acuerdo con estos principios.²²

5. *Vía de hecho*

En cuanto la vía de hecho supone una actividad material no legitimada por un acto administrativo en ejercicio de las prerrogativas públicas, en el sistema contencioso-administrativo originario, tal y como se configuró por el Consejo de Estado francés, la protección frente a las vías de hecho de la administración quedaban fuera de esta jurisdicción. Era la justicia ordinaria, los jueces del orden civil, los que debían prestar la tutela a través de los procesos que, en cada caso, establecieran sus leyes procesales (ordinarios o sumarios interdictales).

No obstante, la jurisprudencia española empezó a admitir que, sin perjuicio de que el afectado por las vías de hecho pudiera acudir a los jueces civiles en demanda de protección, no había inconveniente en que pudiera acudir al contencioso-administrativo. El gravísimo inconveniente de esta vía era la mecánica que había que seguir, al ser presupuesto del proceso el acto previo, lo que obligaba a reclamar previamente a la administración, y sólo cuando ésta se negaba a atenderle es cuando era admisible incoar el proceso administrativo de naturaleza declarativa.

La ley española de 1998 admitió expresamente entre las “actuaciones impugnables” la vía de hecho, y el ejemplo ha sido seguido por algunas de las leyes americanas, como la de Perú de 2001, que en su artículo 4o.2 establece que “son impugnables en este proceso las siguientes actuaciones

²² “Hacia un Código...”, *cit.*, nota 1, pp. 348 y ss.

administrativas: *la actuación material si no se sustenta en acto administrativo*”,²³ y así también en algunos proyectos de reforma, como en el de la ley de Nicaragua 350 (artículo 30) o el proyecto de Venezuela citado de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (artículo 40.1).

Establecer expresamente que es admisible el contencioso-administrativo en relación con las vías de hecho no era necesario, ya que si el objeto de este proceso es toda pretensión que tenga como fundamento el derecho administrativo, no era necesaria una referencia específica a las vías de hecho, ya que éstas constituyen una clara infracción de una norma o, mejor dicho, de uno de los principios elementales en que descansa el régimen jurídico-administrativo: que la administración no podrá realizar una actuación material que afecte a la esfera individual sin la existencia de un acto legitimador dictado en ejercicio de una potestad administrativa.

Más importante que incluir el supuesto entre aquellos frente a los que puede reaccionarse ante los tribunales en demanda de justicia, está estructurar un sistema procesal que permita una tutela judicial efectiva de los atentados a la esfera de libertades y derechos del ciudadano, y esto no se ha conseguido en los nuevos ordenamientos, por supuesto, no con el régimen que regula la ley española de 1998.

V. PRETENSIONES DE LAS PARTES

1. *Las clases de pretensiones*

Por los orígenes del contencioso-administrativo, a través de una laboriosa tarea jurisprudencial, se distinguieron dos tipos de “recursos contencioso-administrativos”: el de anulación y el llamado de plena jurisdicción, distinción que fue pasando a los distintos ordenamientos. Durante años se admitió como algo natural, consustancial al sistema de justicia administrativa, la existencia de dos contenciosos radicalmente distintos, y a la dualidad tradicional fueron añadiéndose otros tipos de “recursos” o “contenciosos”, apareciendo luego los de “interpretación”, de “retardación”, contractuales, de reparación directa, de definición de competencia.²⁴

²³ Prioro Posada, *Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso-Administrativo*, Lima, 2002, pp. 112 y ss.

²⁴ Véase por ejemplo, “Un esfuerzo por otra parte loable de tipificación”, en Galindo Vacha, *Lecciones de derecho procesal administrativo*, Bogotá, 2004, I, pp. 167 y ss.

Últimamente existen legislaciones o proyectos de reforma en los que ha desaparecido la vieja distinción entre contencioso de anulación —o nulidad— y de plena jurisdicción; en su lugar, al regular las pretensiones, se multiplican los supuestos. En el anteproyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de Venezuela de 2004 figuran hasta once tipos de pretensión; menos mal que la última consiste en “cualquier otra actuación que resulte necesaria para tutelar los derechos e intereses jurídicos postergados”, porque si no, después de tantos supuestos, siempre existirá alguno o algunos olvidados.

Quiero insistir una vez más en lo que en la situación de hoy parece in cuestionable. Que todo tribunal contencioso-administrativo esté o no encuadrado en el Poder Judicial, tiene —o debe tener— plena jurisdicción para, cualquiera que fuese la pretensión que ante él se deduzca, hacer los pronunciamientos que requiera restituir el orden jurídico perturbado y satisfacer los derechos o intereses lesionados. Si sólo se requiere una declaración, bastará con ella; si altera la situación jurídica y el reconocimiento de un derecho, así lo hará la sentencia y será constitutiva. La doctrina califica las pretensiones —y las sentencias— de declarativas, constitutivas y de condena.²⁵

Consiguientemente, no tienen sentido esas enumeraciones, a veces interminables, que suelen aparecer en las leyes americanas. Únicamente podrían tener sentido éstas si de lo que se trata es de superar jurisprudencias erróneas o prácticas viciosas —consecuencia de un magistrado sin la preparación necesaria— que se obstinan en no querer reconocer una jurisdicción que le atribuye el ordenamiento jurídico desde el momento mismo que se instaura el tribunal. Pero aún así, ¿no será preferible una fórmula amplia, clara, cuyo texto literal no deje dudas al magistrado más obtuso? Una fórmula como la que propongo en mi anteproyecto de Código Procesal Administrativo Modelo para Iberoamérica (referencia a la que me remito por reflejar mi opinión sobre los temas aquí expuestos).

En el anteproyecto se dice pura y simplemente: “el demandante podrá pretender la declaración, constitución y condena que fuesen necesarias para restablecer el orden jurídico perturbado, incluso la indemnización

²⁵ Al tema le dediqué especialmente mi intervención en un seminario sobre reforma del contencioso-administrativo que organizó en San José de Costa Rica Eduardo Ortiz, que, con el título “Acciones declarativas, constitutivas y de condena” se publicó en la *Revista de Derecho Público*, Venezuela, núm. 26, 1986, pp. 5 y ss.

de daños y perjuicios”. Quizás no sea lo suficientemente expresivo y claro; sin duda es mejorable, pero creo que hay que moverse en esa línea, no en la de la enumeración.

Otra cuestión que se plantea es en qué medida el contenido de la pretensión viene o no limitado por las cuestiones que se hubiesen planteado en vía administrativa, bien se hubiese incoado ésta de oficio por la administración —obligándose a hacer o no hacer algo— o por el administrado en demanda de que sea la administración la que dé, haga o deje de hacer. Cuestión que ha venido lastrada por el viejo principio —afortunadamente abandonado— de que la jurisdicción contencioso-administrativa es revisora de la vía administrativa. Reducida la cuestión a sus justos límites, lo único que supone es que la pretensión ha de ser congruente con las cuestiones realmente planteadas; pero de modo que no puedan aducirse motivos que no se hubiesen planteado previamente ante la administración en defensa de lo que se pretende ante los tribunales.

2. La oposición a la pretensión y la reconvencción

Como nos enseñó Guasp, la oposición a la pretensión no compone el objeto del proceso, que es misión de la pretensión, sino que normalmente fija tan sólo los límites de su examen para elegir, de entre las cuestiones o dudas que la pretensión puede suscitar, aquellas que tienen mayor trascendencia o significación práctica para el demandado. Éste podrá limitar la litis allanándose parcialmente a la pretensión, pero si no, se limitará a intentar demostrar la improcedencia de lo que pide el demandante, bien sea negando todos o algunos de los datos del actor o afirmando o aduciendo otros.

Si la posición que adopta es, no la desestimación —o inadmisibilidad— de aquélla, sino que el tribunal satisfaga una pretensión frente al actor, ya estamos ante un supuesto de reconvencción, que ya es algo más que una oposición. Es una pretensión que, de admitirse, dará lugar a una acumulación.

Un sector importante de la doctrina resulta incompatible con los principios informantes del régimen administrativo y del proceso administrativo: la administración pública demandada no puede ir contra sus propios actos sino a través de cauces procedimentales especiales o del proceso de lesividad; los codemandados particulares únicamente pueden reaccionar procesalmente frente a una actuación de la administración una vez agotada la vía administrativa, dentro de los plazos de caducidad previstos en

cada ordenamiento. De aquí que en las legislaciones procesales administrativas se establezca expresamente la prohibición, o no se aluda a ella, como la española; si bien la jurisprudencia ha declarado que “no es posible la reconvencción por parte de la demandada, la cual si bien puede formular sus contrapretensiones, éstas han de ir encaminadas a mantener su oposición, total o parcial, a las pretensiones actuadas de contrario, siendo ambas partes libres de efectuar las alegaciones que a sus respectivos intereses convenga”.

No tiene sentido la exclusión de la reconvencción en el proceso administrativo, cuya admisibilidad podría evitar decisiones contradictorias y dificultades a una eficaz tutela jurisdiccional. Es cierto que, si en el momento que se produce la reconvencción ha vencido el plazo que la legislación establece para reaccionar frente a la actuación administrativa, admitir la reconvencción atentaría contra el principio de seguridad jurídica. Mas si no se creyó que la contraparte se iba a aquietar frente a la actuación administrativa, manteniéndose la situación jurídica, ¿por qué no va a admitirse que, al tener conocimiento de que subsiste la situación litigiosa, pueda por vía de reconvencción replantear la pretensión en la parte no estimada en vía administrativa? Es posible adherirse a la apelación, aunque se hubiese consentido la sentencia, en los puntos en que crea la parte que ésta le es perjudicial, según las legislaciones reguladoras del proceso civil y algunas procesales administrativas, como la española. De aquí que deba elogiarse la tendencia de algunas legislaciones (concretamente los códigos procesales administrativos de algunas provincias argentinas) que la admiten en ciertos supuestos.²⁶

VI. EJECUCIÓN FORZOSA Y MEDIDAS CAUTELARES

1. *La eficacia de las sentencias*

Los fallos judiciales no serán efectivos si la sentencia, por correcta que sea y completos que hayan sido los pronunciamientos, llega dema-

²⁶ Biela, *Sobre lo contencioso-administrativo*, 2a. ed., Santa Fe, 1964, p. 241; Fiorini, *Qué es el contencioso*, Buenos Aires, 1965, p. 278; Diez, *Derecho procesal administrativo (lo contencioso-administrativo)*, Buenos Aires, 1983, p. 233. Sobre el problema en México, Armienta, *El proceso tributario en el derecho mexicano*, México, 1977, pp. 234 y ss., y Briceño, *Derecho procesal federal*, 2a. ed., México, 1975, p. 377. Me remito a mi trabajo *Derecho procesal administrativo hispano-americano*, Bogotá, 1985, pp. 200 y ss.

siado tarde y la perturbación jurídica que se pretendía, que había dado lugar al proceso, ha devenido irreparable, o porque lo en ella dispuesto no llega a cumplirse.

Aquí han radicado las quiebras más graves de la justicia administrativa, se ha avanzado mucho en uno y otro orden, pero todavía queda mucho trecho que recorrer, y hasta ha llegado a pensarse que estamos ante un problema irresoluble o que la solución no depende de medidas legales.

A veces, al concurrir con colegas que se mueven en la aplicación de otros ordenamientos, me sorprende que afirmen rotundamente que en sus países el problema no existe; porque estoy convencido de que concurren circunstancias tan diversas que, por avanzadas y minuciosas que sean las legislaciones al estructurar garantías, las necesidades públicas y las prerrogativas acabarán por prevalecer, y no siempre hay que atribuirlo a intereses políticos bastardos. Pues cuando se abordan ambiciosas tareas, a conciencia de que faltan los medios económicos para ello, falseando los presupuestos o infringirlos abiertamente, sin importar las consecuencias que acabarán siendo reflejadas en las sentencias dictadas a instancia de los que resultaron atropellados por la acción administrativa, a veces se actúa por la convicción de que es ineludible atender a necesidades elementales y no por demagogia o motivos electorales; pero se acaba siempre en lo mismo: en el aumento de la deuda —interna y externa—, en la inflación galopante y en más pobreza.

2. *Medidas cautelares*

La lentitud, la tremenda lentitud es una de las lacras de la justicia, hasta se ha pensado que es consustancial al proceso. Por mucho que se consagre el debido proceso entre los derechos humanos y su decisión en un plazo razonable,²⁷ la situación no puede ser más desesperanzadora en todos los órdenes jurisdiccionales y, sobre todo, en el administrativo.

A fin de paliar las consecuencias de la lentitud y tratar de evitar que cuando llegue la solución del litigio ya carezca de sentido el fallo, se han ideado las medidas cautelares, que tienen por finalidad garantizar los efectos de la sentencia.

En sus orígenes, en el contencioso-administrativo sólo se admitía una medida cautelar —que únicamente se acordaba en casos excepcionales

²⁷ Una referencia más completa en mi trabajo *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 3a. ed., Madrid, Civitas, 2001, pp. 315 y ss.

en que la ejecución del acto ocasionara efectos irreparables—: la suspensión de la ejecución del acto administrativo en relación al cual se incoaba el proceso. La manifiesta insuficiencia de esta medida determinó que se fueran admitiendo otras. Todavía en alguno de nuestros ordenamientos es la única admisible, pero por lo general, hoy, en las más recientes legislaciones en el proceso administrativo, el juez podrá adoptar cuantas medidas fuesen necesarias para garantizar el fallo. No existe diferencia con el civil, e incluso se aplica supletoriamente la regulación de éste.²⁸

Esto no quiere decir que esta avanzada regulación de las leyes más recientes sea satisfactoria, una medida cautelar, por eficaz que sea, nunca puede remediar los efectos perniciosos de la lentitud de la justicia; a no ser que se convierta el proceso cautelar en definitivo, obligando al juez a una decisión precipitada, olvidando ya la solución a que pueda llegarse en el proceso principal.

Y es que cuando nos acercamos a las medidas cautelares a fin de perfeccionar su régimen para que cumplan la finalidad para la que están instauradas, estamos pensando por lo general en el demandante, en el perjuicio que para el que pide justicia supone la demora en la decisión. Pero en un proceso existen dos partes, demandante y demandado, si a aquél puede perjudicarlo una decisión tardía, a éste puede ocasionarle un perjuicio no menos grave una medida cautelar adoptada cuando el demandante no tiene razón. De aquí que para que el juez adopte una medida cautelar no sólo se exige *periculum in mora*, sino también *fumus boni iuris*, peligro de la mora y apariencia de buen derecho.

Pues bien, podemos afirmar que no hemos llegado a encontrar el justo equilibrio; en efecto, no debe adoptarse ninguna medida cautelar si el demandante no demuestra la seriedad de su pretensión, si no se acredita que aparentemente está fundada. Si el juez hace un estudio a fondo de la pretensión y llega a la convicción de que está bien fundada, resultará difícil después, al dictar resolución definitiva, cambiar de criterio, por lo que habrá prejuzgado el asunto en un incidente.

²⁸ Cfr. entre la bibliografía reciente, *Derecho procesal administrativo (homenaje a Jesús González Pérez)*, cit., nota 6; los trabajos de Gallegos Allegos, Fedriani, *Control judicial de la administración: Medidas cautelares*, pp. 723 y ss.; Montezani, *Medidas cautelares en el proceso administrativo*, pp. 785 y ss., y Hernández-Mendible, “La tutela cautelar como garantía de efectividad de la sentencia en el derecho procesal administrativo”, *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, núm. 4, 2004, pp. 157 y ss.

Si obra con más ligereza o el incidente no sirve para nada, si opta por la denegación de la medida, si accede a ella, ello redundará en perjuicio del demandado por el peligro de que se consume una situación irreversible si la sentencia es desestimatoria.

Otra medida consiste en que el demandante garantice los perjuicios que puede ocasionar al demandado la adopción de la medida si después se desestima la pretensión, pero también desde esta perspectiva no ha llegado a encontrarse el equilibrio entre los intereses contrapuestos.

Durante mucho tiempo, al menos en España, los tribunales han sido cicateros al fijar la cuantía de la garantía que deben prestar; consecuencia: que al llegar el momento de indemnizar los perjuicios ocasionados le resultará al demandado sumamente difícil hacer efectiva la indemnización en la parte no cubierta por la garantía.

Si, por el contrario, los tribunales exigen garantía suficiente, puede suponer denegar tutela judicial a aquel que carece de medios económicos para prestarla, aunque sea evidente el fundamento de la pretensión, el *fumus boni iuri*.

En este punto, nos queda todavía mucho por pensar y por hacer.

3. Ejecución de las sentencias

Los entes públicos, especialmente el Estado, están investidos de unas prerrogativas que constituyen serios obstáculos a la ejecución forzosa de las sentencias condenatorias dictadas en cualquier proceso y, por tanto, en los administrativos.

La prohibición de despachar mandamientos de ejecución y embargar los caudales públicos está consagrada en la generalidad de los ordenamientos, por venir impuesta por los fines que cumplen los entes públicos. Por otro lado, el principio de legalidad presupuestaria sólo permite disponer de los fondos públicos dentro de los límites y para la finalidad que establezcan los presupuestos aprobados por el pueblo soberano a través de sus representantes parlamentarios.

No es concebible que puedan embargarse y enajenarse en subasta pública bienes adscritos a un servicio público, ni disponer, para pagar lo ordenado por una sentencia, de una cantidad de dinero a la que el presupuesto asigna otro destino. De aquí que la evolución de las reglamentaciones del proceso administrativo se haya caracterizado por, respetando aquellos principios, reducirlos a sus justos límites.

Bien cumplido está que no se despachen mandamientos de ejecución ni se dicten providencias de embargo contra bienes y caudales públicos; pero siempre que sean bienes de dominio público o adscritos a un servicio público, pero no que se extienda la prerrogativa a bienes patrimoniales. Por cierto, veremos a dónde nos lleva esta reciente novedad de alguna legislación, porque, dada la prodigalidad de los políticos para disponer de lo que no es suyo, si se empiezan a ejecutar sentencias contra bienes patrimoniales de los entes públicos, pronto van a quedar sin patrimonio.

Actúa bien la legalidad presupuestaria, pero falta que los presupuestos sean realistas y no prevean gastos sin la previsión de ingresos para hacerlos efectivos; de tal modo que resulte excepcional lo que hoy es normal: que al ejecutar una sentencia dineraria condenatoria no hay partida presupuestaria o ya está agotada. Lo que la legislación procesal administrativa puede hacer es establecer medidas —así las multas coercitivas— encaminadas a que los titulares de los órganos competentes incoen y tramiten con la debida diligencia la inclusión de la correspondiente partida.

VII. CONCLUSIONES

Es mucho lo que se ha conseguido en la reglamentación de los procesos administrativos a fin de garantizar al administrado una tutela judicial efectiva frente a las arbitrariedades de la administración, pero todavía estamos muy lejos de una tutela plena, y es que, en definitiva, constituye un ideal inaccesible; pero no debemos desalentarnos en esta lucha para acercarnos a él. Conscientes de nuestras limitaciones, sigamos esforzándonos por perfeccionar nuestras leyes, para que el proceso administrativo sea cada vez más eficaz, y no olvidemos nunca que el más perfecto ordenamiento procesal puede fracasar estrepitosamente por no contar con jueces preparados, mientras que una buena judicatura puede administrar justicia razonablemente con instrumentos procesales deficientes. Por lo que la más importante de nuestras tareas es la formación de los jueces a los que se confíe la tutela de los derechos e intereses de los ciudadanos.