

§ 15.

Jurisdicción civil y penal (2).

I. *Concepto.*—Mientras que en el juicio civil se tiende a la consecución de un bien garantizado por una voluntad de ley originaria o derivada, mediante la actuación de ésta; en el juicio penal tiéndese al *castigo* del particular que ha violado una ley. Pueden aplicarse también medidas aflictivas (en el patrimonio o en la libertad personal) como medios puramente coercitivos para el cumplimiento de obligaciones: en este caso se aplican en el proceso civil (arresto personal, multa, p. ej., Cód. Civ. art. 255). Pero la violación de ciertas normas, como las normas de conservación que interesan más de cerca al orden jurídico, da lugar a la aplicación de medidas aflictivas como *penas*. La pena es querida por la ley: es ésta una voluntad derivada de la violación de una voluntad originaria (§ 1).

En sí la aplicación material de la pena es función administrativa, pero requiere la verificación *imparcial* de la existencia de la voluntad de la ley: esta función confiase a la «jurisdicción penal», la cual, por tanto, se ha desprendido de la administración por las mismas razones por que se ha separado de ella la jurisdicción civil, y aún con mayor motivo, puesto que en el castigo predomina el interés del Estado, y por esto los órganos administrativos son impropios para verificar su necesidad.

Al juez especial confiase también la selección o medida de la pena, lo cual da a su sentencia carácter constitutivo (§ 8) (3).

La diversidad del objeto entre la jurisdicción civil y la penal no

(1) No nos referimos aquí a otros *actos* de conciliación regidos por leyes especiales, sobre todo del trabajo.

(2) PISANELLI, MANCINI y SCIALOJA, vol. I, parte I, págs. 25 y siguientes; MORTARA, *Comment*, I, núms. 484 y sigs.; SCHMIDT, 2.^a ed., § 29.

(3) Véase LANZA V, *La querela e il suo valore processuale*, 1911.

priva que la función sea idéntica. La jurisdicción penal consiste en la sustitución de la actividad de los órganos jurisdiccionales a los órganos administrativos para la afirmación de la existencia de la voluntad de ley de que el reo sea castigado; mientras que la ejecución de la sentencia penal es mera administración (§ 13). Es impropio decir que el *Estado* se somete a la jurisdicción penal. aquí hay una sustitución *de órganos*, lo cual explica por qué en el proceso penal interviene un órgano especial del Estado en representación de los órganos administrativos, o sea el ministerio público, que figura como actor, mientras que en los juicios civiles tiene escasas funciones (§ 23).

II. *Relaciones entre los órganos de las dos jurisdicciones.* Siendo funciones idénticas la jurisdicción civil y la penal, son orgánicamente compatibles entre sí: el mismo órgano puede ser juez civil y penal y aún veremos que el proceso penal presenta órganos jurisdiccionales especiales (§ 20).

Todavía más: por la diversidad de los intereses a que atienden, la jurisdicción civil y la penal, aunque funciones idénticas, proceden con medios y poderes diferentes: en el proceso civil domina la disposición de las partes, en el penal los poderes del juez (§ 47).

Pero puede suceder que un mismo hecho ponga en movimiento la jurisdicción penal para el *castigo* de su autor, la civil para proporcionar al perjudicado el *resarcimiento de los daños*. La ley italiana, siguiendo a la francesa, admite que en este caso puedan ejercitarse ambas jurisdicciones no solo por la misma persona, sino en el *mismo proceso*, dando lugar a la «acción civil» en el proceso penal.

La acción penal y la acción civil al pertenecer a dos sujetos distintos se nos presentan como dos acciones independientes, si bien conexas; y su unión en el proceso penal como un caso de *cumulatio actionum* por conexión. Sin embargo, es conveniente aclarar las particularidades históricas y racionales de esta acumulación.

El reato es un hecho *uno* aunque al mismo tiempo lesione normas o intereses diversos, esto es, públicos y privados. Y originariamente del reato solo nace una acción a favor del ofendido ya tienda a un objeto único, porque la idea de aquella doble lesión está sin distinguir aún y la idea de pena y de resarcimiento están todavía

confusas, ya al mismo tiempo al interés y a la pena. También cuando, gracias a la diferenciación progresiva de los intereses público y privado, se concibió la duplicidad de ambas acciones y se extendió el poder de los jueces de inquirir de oficio o se formaron órganos públicos para la persecución de los reos, la acción penal privada vivió mucho tiempo al lado de la pública; por una parte el particular podía (según la opinión que ha terminado por prevalecer), acumular la acción penal y la civil pidiendo con *libelo único* la pena y el resarcimiento: por otra parte parece que debe admitirse la acumulación incluso entre la acción penal pública y la penal privada y entre la acción penal pública y la acción civil, de tal manera que la *parte civil* se adhería a la acción antes promovida por la *parte pública*; o el juez u otro órgano público a la acción civil, o también se decidía que la causa criminal como *causa mayor* llamase a sí la civil, pero de todas maneras venía a constituirse una unidad procesal correspondiente a la unidad del reato (1).

Cuando la persecución de los reatos fué considerada como función exclusiva de los poderes públicos y las jurisdicciones civil y penal separáronse claramente y los procesos civil y penal como en el derecho moderno fueron dominados por principios fundamentales diferentes, la intervención de la acción civil en el proceso penal encontró siempre mayores dificultades teóricas y prácticas. Parece dado a dificultades e injusticias que una acción meramente civil como la acción de daños sea juzgada con formas y principios enteramente diversos de los suyos propios. Por esto algunas legislaciones modernas como la alemana rechazaron esta institución (2).

En la legislación francesa y la italiana prevaleció la consideración de algunas de sus ventajas prácticas (la economía de los juicios en caso de condena del reo) pero sobre todo la fuerza de la

(1) DURANTI, *Speculum judiciale*, lib. IV, parte 4.^a, *De furtis*, §§ 4 y sigs.; DE MATTEIS, *De cumulatione actionum*, 1562, §§ 125 y siguientes; PLANCK, *Die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Prozessrecht*, 1844, páginas 373 y sigs., y, sobre todo, para el Derecho francés, STEIN, *Geschichte des französischen Strafrecht und Processes*, 1846, págs. 574 y sigs.; 664 y sigs.

(2) SCHMIDT, 2.^a ed., págs. 175.

tradición. Pero esto la principal razón moderna de la institución radica en la *unidad* del reato. Ciertamente en nuestro derecho medioeval encuéntrase esto estudiado como un caso de acumulación de acciones con la doctrina de la *continentia causarum* (1). Pero ocurría esto por la afinidad del tema o por las menores diferencias que entonces se señalaban entre proceso penal y civil o porque aquella doctrina se inspiraba sobre todo en la necesidad de regir y dirimir los conflictos y las usurpaciones recíprocas de los jueces en el ejercicio de su derecho de juzgar y esta necesidad encontrábase igualmente en toda clase de acumulación de acciones. Pero ya entonces se notaban las *particularidades* de esta acumulación, puesto que la acción civil en el proceso penal fué considerada por alguno, no como una verdadera acción, sino como una simple *imploratio iudicis officii* (2): y era esta (como ya hemos visto antes, § 7), la demanda de resoluciones que en sí mismas se consideraban justas y, por lo tanto, inherentes al oficio del juez, aún sin constituir objeto de una pretensión de parte a parte (tal es en el proceso civil la condena en las costas al que ha sucumbido).

Tanto ha quedado este concepto en nuestra ley que el juez penal debe condenar al reo al pago de los daños a la parte perjudicada *aún no habiéndose constituido esta en parte civil*. (Código procesal penal, artículos 569 y 583). Por esto la constitución de parte civil no otorga al juez penal nuevos poderes; redúcese en el fondo a una duplicación de la persecución del reo, señalada y frecuentemente disfrazada en la práctica) por una finalidad económi-

(1) Acerca del tema de la conexión, véase § 31.

(2) MARANTA, *Speculum aureum*, parte 4.^a, dist. I, §§ 4, 6 y 28: «Ex quolibet delicto ex quo oritur accusatio criminalis ad poenam, oritur etiam actio in factum ad interesse... Ex quo sequitur quod est in potestate illius qui damnum seu injuriam passus est, agere criminaliter ad poenam ordinariam, vel civiliter ad interesse, vel utroque modo copulative... Ita demum actio civilis potest cumulari cum criminali, quando incidenter condemnatur quis ad rei restitutionem, *non principaliter, sed per implorationem officii iudicis*, imo et si non petatur potest iudex ex officio suo condemnare ad rei restitutionem... Debet accusator principaliter agere criminaliter, petendo reum puniri, et deinde incidenter *per officium iudicis* petere rei restitutionem.»

ca. Confirmación de cuanto hemos dicho, hállase en el art. 2 de la ley 26, junio 1904, sobre condena condicional, donde se utiliza la amenaza de la pérdida del beneficio como medio de coacción para obtener el resarcimiento de los daños ocasionados por el reato.

Este carácter derivado de la inescindible unidad del delito y de la originaria unidad de la persecución del mismo, marca una profunda diferencia entre este y cualquier otro caso de *cumulatio actionum*: *mientras que en la conexión ordinaria de pleitos las acciones conexas se proponen ante el mismo juez solo por el hecho de ser ejercitadas, sean o no fundadas, tengan el mismo o diferente (1) origen, la acción civil se propone ante el juez penal en el supuesto de que la acción penal sea fundada; y en tanto vale y subsiste la competencia del juez penal sobre la acción civil en cuanto la acción penal exista.* Consecuencia de esto:

1.º Si el imputado muere antes de ser definitivamente juzgado, cesa la competencia del juez penal, incluso para la acción civil y esta se ejercita contra los herederos ante el juez civil (Código procesal penal, art. 5). Y lo mismo debe decirse de cualquier otra causa de extinción de la acción penal (2).

2.º Cuando el juez penal absuelve al imputado o declara no haber lugar a procedimiento penal, no puede pronunciar sobre las demandas de la parte civil puesto que lo que la ley dispone para el caso de que ocurra un hecho *extintivo* de la acción penal antes de que se sepa si esta ha existido, debe considerarse con mayor motivo para el caso de que resulte *no haber existido nunca la acción*. Que no contradice esto el art. 571, Cód. proc. pen., porque este regula únicamente la *liquidación* de los daños en relación con las dos hipótesis de *condena* distintamente previstas por los artículos 569 y 570, se ha estimado con razón por la doctrina y jurisprudencia dominantes (3). Y la opinión aquí aceptada fué pre-

(1) Por esto puede aplicárseles el principio: *ubi acceptum est semel iudicium ibi et finem accipere debet*. más adelante, § 42.

(2) BENEVOLO, *La parte civile nel giudizio penale*, § 49, y los muchos allí citados. Para la amnistía, véase C. Nap., 29 Oct. 1907 (*Foro italiano*, 1908, I, pág. 352).

(3) BENEVOLO, *loc. cit.*, § 49; STOPPATO, *Azione civile* (en el *Digesto ital.*), núm. 40; MORTARA, *Comment.*, I, núm. 447; Cas. Roma, 20 Marzo 1902 (*Foro ital.*, 1902, II, 249); 26 Nov. 1901 (*Foro ital.* 1902, II, 25); 30 Diciembre 1901 (*Foro ital.* 1902, II, 120); 28 Sept. 1904 (*Foro italiano*, 1904, II, 25); 3 Ag. 1905 (*Foro ital.*, 1905, II, 475).

ferida por el nuevo Código de procedimiento penal, como se explica en la relación ministerial (1). Ni aún puede verse una excepción a este principio en el art. 512, Código procesal penal, concierne a las absolutorias de las *Corte d'assise*: puesto que las demandas por daños de las cuales puede entender la Corte en este caso son las del acusado absuelto, como se deduce de haber sido citado solo el artículo 570 (2).

3.º La parte civil no puede apelar de la sentencia penal absolutoria ni siquiera a los efectos civiles. La parte civil tiene facultad de apelar *por lo que se refiere a la cantidad de los daños*, Código procesal penal, artículo 353, número 3, 399, número 3); no, pues, para agitar la cuestión de la existencia del reato, siquiera sea como simple hecho dañoso; luego, no de toda sentencia absolutoria sino únicamente de la que la haya condenado a los daños respecto del imputado y, según la mayoría, también de la sentencia que haya pronunciado *condena penal* conforme al art. 569 y que haya condenado a los daños en cantidad menor de la demandada o rechazado la demanda de los daños: censurándose en estos casos, el uso hecho por el juez penal del poder que le confiere el art. 569, la censura no podría llevarse a otro que al juez *penal* superior, mientras que en caso de absolutoria o la absolutoria es injusta y esto no puede hacerse valer por la parte civil sino por el órgano de la acción pública, o es justa y no podría reprobarse al juez penal no haber resuelto acerca de los daños, si este poder le es negado por la ley cuando absuelve o declara no haber lugar a procedimiento (3).

(1) § 135, pág. 543.

(2) Según el art. 675, la Corte de Casación, en los casos de anulación por no ser considerado el hecho como reato o porque ha dejado de ser punible, no ordenará reenvío (paso de una a otra jurisdicción), si no hay parte civil: en caso contrario, remitirá la causa para la resolución acerca de los intereses civiles ante un *pretor* o un *Tribunal* diferente de aquel al que pertenece el juez instructor, en el distrito de la misma Corte de Apelación. En todo caso, pues, remite a un juez de *primer grado*, lo cual da lugar a un juicio *ex novo*. Pero, además de esto, es correcta, gramaticalmente la interpretación más rigurosa de este artículo, según la cual, el reenvío sólo tiene lugar en el caso de haber desaparecido la punibilidad del reato (MORTARA, *Comm.*, I, núm. 499).

(3) MORTARA, *Comm.* cit. I, núm. 498. Véase también entre los menos recientes, SALUTO, IV, núm. 1.222; MASUCCI, en la *Rivista Pena*:

Ni a esto se opone el art. 260 del Código procesal civil que admite la oposición de la parte civil a las resoluciones de no haber lugar en el período instructorio: esto significa únicamente que la ley en tal caso utiliza la parte civil como *órgano supletorio de la acción penal* (1). Y también el art. 645, Código procesal penal, debe entenderse en conformidad con los principios antes expuestos, en el sentido de que la parte civil no pueda recurrir en casación contra sentencias absolutorias o de no haber lugar a procedimiento, que no contengan resoluciones contra él (2).

También son un lejano reflejo de la unidad originaria de la persecución procesal del reato las relaciones que la ley señala entre acción civil y acción penal, aunque acerca de su conservación puedan influir algunas consideraciones:

a) La acción civil puede proponerse también separadamente ante el juez civil. Sin embargo, en éste *suspéndese* su ejercicio hasta que se haya definitivamente pronunciado sobre la acción penal intentada *antes* de la acción civil o *durante* el ejercicio de ésta (Cód. proc. pen. art. 4). Análogamente, si en el curso de un juicio civil surge motivo razonable de la existencia de un reato de acción pública cuyo conocimiento *influya* en la decisión del pleito civil, éste *se suspende* donde sea promovida la acción penal (Cód. proc. pen. art. 31, para el caso de falsedad Cód. proc. civil art. 308). Si en el proceso penal se declara que el hecho no ha ocurrido o que el imputado *no lo ha cometido ni en él tuvo parte*, no puede ejercitarse la acción civil (Cód. proc. pen. art. 6): en

le, XX, 350; Cas. Roma, 27 Mar. 1899 (*Giur. pen.*, IX, 469); 25 Nov. 1889 (*Legge*, XXX, I, 532); 4 Oct. 1892 (*Foro ital.*, 1893, II, 3); 31 Mar. 1896 (*Giur. pen.*, 1896, II, 186. En la sentencia 15 Jul. 1904 (*For. ital.*, 1904, II, 412), la Corte suprema ha llegado a negar a la parte civil la facultad de apelar en el caso de que el juez penal, aun condenando al imputado, rechazase la demanda de los daños. Admite que en este caso la parte civil pierde el segundo grado de jurisdicción, como consecuencia necesaria de haber elegido la vía del proceso penal.

(1) PESCATORE, *Sposizione compendiosa della procedura criminale*, I, página 180; Cas. Roma, 3 Oct. 1906 (*Legge* 1807, pág. 388).

(2) Cas. Roma, 18 May. 1898 (*Giur. ital.* 1898, II, 266), 10 En. 1907 (*Foro ital.* 1907, II, 135) MORTARA, *Comm.* I, núm. 499.

otros términos, el juez penal excluye el fundamento, tanto de la acción penal como de la acción civil.

b) El haber escogido la acción civil ante el juez civil impide el derecho de producir querrela, en los reatos de acción privada, y el derecho de constituirse parte civil en los de acción pública (Cód. proc. pen. art. 7).

c) Por otra parte, si la existencia de un reato depende de la existencia de una voluntad de ley, cuyo conocimiento pertenece al juicio civil (por ejemplo si A es o no hijo de B, si A es o no propietario de una cosa o tiene otro derecho real) la acción penal es impedida o suspendida hasta la decisión de la cuestión civil. Esto dispone la ley en términos absolutos para los reatos de supresión de estado (Cód. proc. pen. art. 32); remítase a la apreciación del juez penal en caso de excepciones concernientes a la propiedad u otro derecho real (art. 33).

Apéndice al § 15.

Referencias a derecho español.

El Código penal en sus artículos 18 a 21 ocúpase de las personas responsables civilmente de los delitos y faltas.

La Ley de Enjuiciamiento criminal determina (arts. 3 y sigs.) que, por regla general, la competencia de los Tribunales encargados de la justicia penal se extiende a resolver, para solo el efecto de la represión, las cuestiones civiles y administrativas prejudiciales propuestas con motivo de los hechos perseguidos, cuando tales cuestiones aparezcan tan íntimamente ligadas al hecho punible que sea racionalmente imposible su separación.

No obstante, si la cuestión prejudicial fuese determinante de la culpabilidad o de la inocencia, el Tribunal de lo criminal suspenderá el procedimiento hasta la resolución de aquella por quien corresponda, pero puede fijar un plazo, no mayor de dos meses para que las partes acudan al Juez o Tribunal civil o contencioso-administrativo competente, pasado el cual, sin haberlo utilizado se alza la suspensión y continúa el procedimiento.

Sin embargo de todo esto, las cuestiones civiles prejudiciales referentes a la validez de un matrimonio o a la supresión de estado civil, se deferirán siempre al Juez o Tribunal que deba entender de las mismas, y su decisión servirá de base a la del Tribunal de lo criminal.

Si la cuestión civil prejudicial se refiere al derecho de propiedad sobre un inmueble o a otro derecho real, el Tribunal de lo criminal podrá resolver acerca de ella cuando tales derechos aparezcan fundados en un título auténtico o en actos indubitados de posesión.

El Tribunal de lo criminal se atemperará, según los casos, a las reglas del Derecho civil o administrativo en las cuestiones pre-

judiciales que con arreglo a las disposiciones que acabamos de referir, deba resolver.

Un estudio más completo de esta materia puede verse en la obra de AGUILERA DE PAZ *Tratado de las cuestiones prejudiciales y previas en el procedimiento penal.*

§ 16

Jurisdicción civil y administrativa (1)

I. *Relaciones entre la administración y el ciudadano.*—Hemos visto (§ 1) que entre el Estado y el particular pueden mediar relaciones jurídicas, privadas y públicas. De aquí la posibilidad abstracta de que la Administración contra los ciudadanos o estos contra aquella, tengan que pedir la actuación de la ley. Las modernas organizaciones admiten ampliamente esta posibilidad, incluso en concreto, no solo en las relaciones privadas, sino también en las públicas. La jurisdicción que actúa en las relaciones públicas, esto es, que median entre el particular y la Administración como «poder», cualesquiera que sean los órganos a los cuales se confía puede llamarse con nombre complejo jurisdicción «administrativa», mientras que la jurisdicción «civil» en sentido estricto significa la jurisdicción que actúa en las relaciones entre particulares (comprendidas las relaciones en las cuales interviene la Administración pero obrando como particular, § 1). En un sentido más estricto, jurisdicción administrativa es la que actúa en las relaciones que interesan a la Administración cuando es confiada a órganos especiales (§ 2). Para comprender los varios sistemas referentes al caso y en particular al nuestro, conviene examinar antes en general estas relaciones.

La administración es *poder* conferido para el bien público y que quiere ser pronto en el ejercicio: esto explica por qué regularmente lo que la Administración como poder puede pretender del particular, por Ley o basándose en un propio acto de previo mando, no se pide en juicio, sino que se consigue directamente por

(1) CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, I, MORTARA, *Comm. I*, WACH, I, pág. 77 y sigs. SCHMIDT, 2.^a ed., § 30; HELLWIG, I, § 8 y sigs.; WEISMANN, § 12. Véase además los citados más adelante en este mismo párrafo.

la Administración misma (principio de la ejecutoriedad de los actos administrativos) (1). Por lo mismo expropia y ocupa los bienes de los particulares por utilidad pública, requisita los ganados, construye o derriba obras, secuestra, etc., etc. Estas son actividades primarias que la Administración realiza por obligación propia, no sustituyendo la actividad que podría prestarse por el particular. Solo para la consecución de prestaciones en dinero mediante expropiación, la Administración dirígese a los órganos procesales (§ 10), y así también a veces, para obtener la ejecutoriedad de ciertas pretensiones administrativas (§ 8 bis) o para obtener la condena del particular a determinadas prestaciones (2). Pero ordinariamente la Administración como poder, no tiene como fin constituirse actora en juicio (3).

Tanto mayores son las ocasiones de que el ciudadano se constituya *actor* contra ella. El ciudadano puede dirigirse al tribunal: *a*) para pretender alguna cosa que le es debida por la Administración, *b*) o para oponerse a una pretensión actuada contra él por la administración.

En todo caso, el ciudadano que obra debe afirmar la existencia de una voluntad de ley que le garantice un bien *frente a la Administración*. Y este bien puede consistir en el goce de una cosa que *también* la Administración esté obligada a respetar o en una especial prestación debida por la Administración o en un poder jurídico frente a la Administración (§ 1).

Y ahora completaremos dos observaciones hechas antes: una (§ 8 bis) que hay casos en los cuales la ley dice expresamente lo

(1) CAMMEO, *Comment*, pág. 710; BORSI, *L'esecutorietà degli atti amministrativi*, cit.

(2) Así, conforme al art. 146 del Reg. 9 Mayo 1901 sobre puertos, playas y faros, corresponde al Tribunal ordenar a los particulares la ejecución de las obras necesarias en las riberas y canales, según el *proyecto ejecutivo* de la Administración. Análogamente, por virtud del art. 37 del Reg. 11 Enero 1901 sobre servidumbres militares, corresponde al Tribunal ordenar a los particulares la demolición de obras realizadas o iniciadas en los terrenos sometidos a servidumbre militar.

(3) Véase CAMMEO, *L'azione del cittadino contro la pubblica amministrazione* (en la *Giurisprudenza italiana*, 1905, págs. 51 y 53 del extracto).

que la Administración debe hacer o no hacer (actividad *reglada o ejecutiva*) y casos en los cuales remite a la *discreción* de la Administración hacer o no hacer (actividad *discrecional*); otra, (§ 1) que no toda norma que impone a la Administración hacer o no hacer garantiza un bien *al particular*.

A) *Actividad reglada* (1). Según la diversa calidad del bien que el ciudadano, basándose en la ley, pretende garantizado frente a la Administración, podemos hacer las siguientes observaciones:

a) El ciudadano puede fundarse en la ley que le garantiza el goce de una cosa: por ej.: reivindicar de la Administración, que la detenta de hecho, la cosa de su propiedad. Aquí hace valer un derecho suyo absoluto que también la Administración, como todo sujeto jurídico, tiene el deber de respetar. Pero la ley permite a veces

(1) Vease RANELLETTI, *Principii di Diritto amministrativo*, Nápoles, 1912, I, núms. 227 y sigs. El libro llega a nosotros después de corregidas las pruebas de las págs. precedentes. Constatamos gustosos uniformidad de pareceres sobre puntos fundamentales (así en torno a la autonomía de la acción, núm. 283; a los derechos potestativos, núm. 165; a las sentencias constitutivas, núm. 165; al fin del proceso, núm. 166). El concepto de jurisdicción de RANELLETTI, núm. 171 («la actividad del Estado, dirigida a hacer valer y actuar el derecho objetivo en las particulares relaciones concretas mediante la resolución definitiva y obligatoria de las cuestiones jurídicas a ellas relativas y la realización coactiva de la misma, en aplicación del derecho existente»), aunque estrictamente se extiende a la ejecución forzosa (§ 13), es aplicable también a actividades administrativas, puesto que diariamente el administrador actúa también coactivamente el derecho en las relaciones concretas, y para hacerlo resuelve cuestiones jurídicas. Que la solución jurisdiccional de las cuestiones sea «definitiva y obligatoria» es *consecuencia* de ser jurisdiccional, y no puede asumirse en el concepto de jurisdicción (§ 13). El criterio diferencial no puede encontrarse en la actuación del derecho, que es función común a las dos especies de órganos, sino en la posición de cada uno respecto de la actuación, que en el administrador es *primaria*, y en el órgano jurisdiccional, *secundaria* o de sustitución. RANELLETTI nos objeta que hay sustitución también en la ejecución de oficio, como medida de policía, y en el acto del superior jerárquico realizado por el inferior. Pero es cuanto nosotros hemos negado (§ 13). El administrador tiene siempre presente lo que él mismo *debe* hacer; el órgano jurisdiccional lo que *otro* debe hacer o sufrir.

a la Administración limitar el goce de las cosas de los ciudadanos, p. ej.: con impuestos, expropiación, etc. Si la Administración hace uso de este derecho, el ciudadano no puede defender pura y simplemente su propiedad: el acto administrativo constituye para la Administración un título preferente y el ciudadano debe ante todo remover ese título impugnándolo porque la limitación fué impuesta fuera de los casos previstos por la ley o sin las formas prescritas bajo pena de nulidad.

b) El ciudadano puede fundarse en una ley que impone particularmente a la Administración una cierta prestación. Si la prestación se debe por la Administración como podría deberse por un particular (*jure-gestionis*), es evidente que hay entonces un cierto ciudadano que puede pretenderla y por lo mismo no hay aquí otra cuestión que la de determinar quien sea él. Pero cuando se pretende una prestación debida por la Administración como «poder» se presenta el problema de la individualización del derecho (§ 1) porque entonces la ley puede estimar garantizar un bien a un cierto individuo o solamente a la colectividad: en este segundo caso el particular no puede pedir la actuación de la ley aunque [tenga interés, no solo como miembro de la colectividad, sino como individuo, en su observancia.

Así encontramos la diferencia entre *derecho e interés* (bien garantizado y no garantizado por la ley) (1). Pero el interés como contrapuesto al derecho, puede comprender muchas cosas. En primer lugar, no es derecho el interés que el ciudadano puede tener como miembro de la colectividad en la consecución de un bien garantizado a la colectividad, por ej.: el interés genérico en la observancia de la Ley por parte de la Administración (2). En segundo lugar no es derecho ni aun el interés lícito que coincide con una norma de ley pero que no está garantizado por esta: a este interés alcanza la norma solo *de rechazo* (llamado *interés ocasional*).

(1) De «una utilidad que no constituye un derecho» habla el art. 46 de la ley de 25 Junio 1865 sobre expropiación por utilidad pública.

(2) Esto es más evidente cuando el interés del ciudadano como tal hállese en oposición con su interés personal. Puede decirse que el condenado tiene interés como ciudadano en la ejecución de la condena, pero esto no es ciertamente un *derecho*.

mente protegido o interés legítimo) (1). No es derecho cualquier otro interés *lícito* pero no garantizado por la ley ni coincidente con alguna norma (llamado *interés simple*).

Suele ponerse el ejemplo de la Administración constructora de un ferrocarril siguiendo un trazado diferente del establecido por la ley: ofendería varios intereses: *a*) interés de todos los ciudadanos en la observancia de la ley (*intereses colectivos*); *b*) el interés de los propietarios de los fundos comprendidos en el trazado establecido por la ley a quienes puede convenir que el ferrocarril pase por sus fincas o cerca de ellas (*interés legítimo*); *c*) el interés de los propietarios de los fundos comprendidos en el trazado ilegal, quienes protestarán en defensa de sus propiedades (*derecho individual*).

Pero no siempre es tan fácil distinguir el interés del derecho. La cuestión está resuelta cuando la misma ley concede la acción en un caso concreto: precísase no obstante considerar que la ley puede conceder acción al particular sin reconocerle derecho alguno individual, sino haciéndolo órgano de la colectividad para la tutela de un derecho colectivo. Si la ley calla, conviene examinar caso por caso su voluntad, cuya investigación estará influida necesariamente por las tendencias más o menos favorables al reconociemien-

(1) RANELLETTI, *Diritti soggettivi e interessi legittimi*, en el *Foro italiano*, 1903; *Principii di Dir amm.*, cit. I, núms. 261 y sigs. Esta figura existe también en el derecho privado. Si A. tiene una *servitus altius non tollendi* sobre el fundo de B., también C., propietario de un fundo contiguo, puede ser alcanzado por el derecho de A., pero sólo de rechazo. RANELLETTI introduce también una subdistinción dentro de los mismos derechos subjetivos. Hay derechos absolutos e incondicionados frente al interés general y a la Administración pública, que, por tanto, no pueden ser sacrificados al interés general sino mediante indemnización, como la propiedad y derechos cuya existencia misma está condicionada al interés general, y por esto, cualquier acto realizado por la Administración en interés general, que los disminuya o suprima es conforme a la naturaleza misma, muy elástica, de tales derechos, y no da lugar a indemnización: p. ej., el derecho del concesionario, de una derivación de aguas. También estos derechos disminuidos llámense por RANELLETTI *intereses legítimos* en sentido diferente del primero, y tienen de común con los demás intereses legítimos (ocasionalmente protegidos) la defensa de la jurisdicción administrativa contra el acto *discrecional*.

to de derechos individuales que dominen en la ley, en la doctrina o en los jueces (1).

B) Actividad discrecional (2). Aquí la Administración puede hacer o no hacer. Como ya hemos visto, esta libertad refiérese al criterio, no a la voluntad, porque la Administración está siempre obligada a hacer lo que crea conforme al bien público, lo que crea oportuno. También la oportunidad es una ley obligatoria (3). Por eso en cierto modo se puede tener derecho también a una prestación que dependa del arbitrio de la Administración, pero esto no tiene importancia práctica cuando por ser tal norma atribuida al criterio del interno administrador, no se puede pretender su actuación. Lo cual no priva que en algún caso la ley pueda admitir una jurisdicción de oportunidad (4).

(1) Ejemplo: son verdaderos derechos subjetivos públicos el derecho electoral, el del empleado al sueldo, el derecho a la producción de actos administrativos cuando estén precisamente determinadas por la ley, las condiciones para obtenerlos, como el derecho a una certificación de estado civil, a la admisión en un establecimiento docente, a la habilitación para una profesión, a la licencia para construir, ejercer una industria, etc. Puede tenerse un derecho o un simple interés en ser admitido a un empleo según las condiciones establecidas por la ley, por el concurso, etc. Tal ocurre con la promoción.

(2) RANELLETTI, *Principii di Dir. amm.*, cit. núms. 227 y sigs.; PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, en la *Giur. ital.*, 1910; TEZNER, *Zur Lehre von dem freien Ermessen der Verwaltungsbehörden*, Viena, 1888; STIER-SOMLO, *Das freien Ermessen in Rechtssprechung und Verwaltung*, en los *scritti* en honor de LABAND, 1908; LAUN, *Das freie Ermessen und seine Grenzen*. 1910.

(3) *Oportet* encuéntrase empleado en los textos, tanto para indicar lo que por ley debe hacerse, como lo que es oportuno hacer. Acerca de estas ideas, véase PLANCK, *Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Prozess.*, página 137; BERNATZIK, *Rechtssprechung und materielle Rechtskraft*, página 46; SCHMIDT, 2.^a ed., pág. 349; POLLAK, I, 115 (en particular acerca de uso de la palabra PUEDE en las normas relativas a funcionarios públicos); CHIOVENDA, *Saggi di diritto processuale*, págs. 307, 332. Véase pág. 294, y en sentido favorable, RANELLETTI, *Principii* cit., pág. 970.

(4) Conforme RANELLETTI, *Principii* cit. I, pág. 362. Por ej., los artículos 3.^o y 4.^o de la ley 12 Jun. 1902 sobre monumentos, antigüedades, etc., disponían que el Ministro PODRÁ autorizar la venta de ciertos

Comunmente pues, frente a los poderes discrecionales, el particular sólo puede tener simples intereses. El empleado, por ejemplo, tiene un simple interés *en no ser jubilado* desde un cierto límite de edad. Aún un acto que se presenta como discrecional, puede ser ilegal: por incompetencia del funcionario o por inobservancia de formas (falta de dictamen pericial, falta de aviso a los interesados, etc., etc.) o por la relación en que se encuentra con otro acto (por ejemplo no hay obligación de ascender a A, pero no se puede ascender a B antes que A, que es más antiguo).

Poder discrecional no debe confundirse con juicio no fiscalizable del hecho: puede tenerse aquél y no éste y viceversa, y frecuentemente no tener uno ni otro. El acto administrativo puede ser *ilegal* ya por haber violado la ley como norma abstracta, ya por haberla aplicado a un hecho *que no existe* (1). Hay hechos, no obstante, que admiten una cierta libertad de apreciación (como el *peligro*, la *insalubridad*, el *interés histórico*, el *valor artístico*, etc.) Suele hablarse aquí de *discrecionalidad técnica* (2).

- II. *Diversos sistemas de justicia administrativa.* Puede darse:
- a) Atribución del conocimiento de las contiendas relativas a

objetos de arte, y que, contra su negativa, cabe el recurso ante la 4.^a (hoy 5.^a) sección del Consejo de Estado, que fallará también en el fondo. La nueva ley 20 Jun. 1909 (art. 2.^o) ha sustituido por dictamen conforme del Consejo Superior de las Antigüedades y Bellas Artes.

(1) CAMMEO, *Comment.*, pág. 342.

(2) CAMMEO, en la *Glur. Ital.*, vol. 54, y en el *Comm.* págs. 134 y sigs.; 343, 773 y sigs.; PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, cit. Contra la utilidad de esta particular denominación, RANELLETTI, *Principii*, cit. pág. 369, nota. Ej.: la ley sobre Obras hidráulicas, tex. ún., 25 Julio 1904, dispone (art. 52): «Corresponde a la autoridad administrativa sin la menor intervención de la autoridad judicial, reconocer incluso en los casos de discusión, si los trabajos responden al *fin* para el cual deben servir, a las *exigencias técnicas* y a las *buenas reglas* del Arte.» Ya se entiende que en estos casos conviene distinguir cuidadosamente lo que puede remitirse al criterio de la Administración de lo que puede formar parte de una obligación jurídica suya. Por ej.: la Administración *puede* adoptar cualquier sistema en las señales de los puertos, pero *debe* mandar que las adoptadas funcionen normalmente: Cas. Roma, Seccs. unidas, 12 Diciembre 1906 (*Foro Ital.*, 1909, pág. 1.446).

relaciones entre el ciudadano y la Administración, a la Administración misma.

b) Atribución de tales contiendas a la autoridad judicial ordinaria (*jurisdicción única*).

c) Atribución a tribunales especiales.

d) Reparto de tales contiendas entre los tribunales ordinarios y los especiales.

Cada uno de estos sistemas puede tener algo de bueno, según los lugares y los momentos en que se aplique. Idealmente el sistema de la *jurisdicción única* es el mejor, pero su actuación completa, difícilmente es posible.

Según el *sistema francés* (1) bajo la influencia del riguroso modo de entender la «división de los poderes» y la independencia de la Administración respecto de la jurisdicción, la decisión de las contiendas entre Administración y particulares («contencioso administrativo») confiase a corporaciones constituídas en el mismo seno de la administración (Consejo de Estado, Consejo de prefectura). A estos debe dirigir el particular sus demandas incluso para hacer valer derechos verdaderos y propios (por ejemplo basados en subastas, empréstitos públicos, daños, indemnización por expropiaciones). En un principio, se atribuyó a ellos toda contienda en que estuviese interesada la Administración aún por un acto meramente privado: solo más tarde la doctrina y la jurisprudencia vinieron suavizando este principio admitiendo la competencia judicial para los actos de *pura gestión*.

Este «contencioso» constituye de *hecho* verdadera jurisdicción, pero la doctrina anterior lo concibió como un autocontrol administrativo, como administración *juzgadora* frente a la administración *activa*, como jurisdicción *retenida*. Estos conceptos han sido favorecidos por el hecho de que lo contencioso estaba compuesto de elementos sacados de la Administración y de que por mucho tiempo la decisión de las contiendas fué pronunciada con decreto del jefe del Estado que en teoría habría podido separarse de

(1) SERRIGNY, *Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative*, 1842; LAFERRIERE, *Traité de la juridict. administr.*; CAMMEO, *Comment.*, cit.; SALANDRA *La giustizia amministrativa*, etc.

la deliberación del órgano de lo contencioso. Solo más tarde fué reconocida a éste una jurisdicción *propia*.

Lo contencioso francés tiene también otra función formada lentamente: conoce de las reclamaciones contra actos administrativos que, sin lesionar derechos individuales, esto es, voluntades de ley que *garanticen un bien al particular*, sean ilegales por *incompetencia, vicios de forma, violaciones de ley, abuso y exceso de poder*. Acerca del carácter de este «*contencioso de anulación*» la doctrina no es unánime.

Según el *sistema germánico (prusiano o austriaco)*, los tribunales administrativos, derivados del contencioso francés se conciben como órganos jurisdiccionales autónomos, más que como órganos internos de la administración diversos entre sí según admitan el juicio de derecho o también de hecho. Diferentes del contencioso francés también porque el criterio para delimitar su competencia no se deriva de la presencia de la administración como sujeto de las relaciones jurídicas, sino *de la naturaleza de las relaciones*: para las *relaciones privadas* se da la vía jurídica ordinaria, para las *públicas* la administrativa (1). El criterio parece más sencillo, pero es difícil en su actuación práctica: domina en ésta la tendencia a extender lo más posible la categoría de los derechos privados para someter el mayor número de pleitos al juicio ordinario.

En el *sistema inglés (americano)* la jurisdicción común se dirige generalmente con determinadas condiciones incluso a los actos administrativos, sin demasiadas distinciones de relaciones públicas o privadas (2).

(1) STÖLZEL O., *Rechtsweg und Kompetenzkonflikt (Vía jurídica ordinaria y conflictos de competencia)*, Berlin, 1901; MAYER O., *Zur Lehre von den materiellen Rechtskraft in Verwaltungssachen (Sobre la teoría de la cosa juzgada sustancial en materia administrativa)*, 1906, y en el *Archivio pel diritto pubblico tedesco*, vol. XXI, págs. 1 y sigs., además de los antes citados, pág. 285; n nota.

(2) Véase FISCHER, *Verfassung Englands (La constitución de Inglaterra)*, lib. V, cap. I; DE FRANQUEVILLE, *Le système judiciaire de la Grande Bretagne*, vol. I, págs. 54 y sigs.; LAWRENCE LOWELL, *The Government of England*, Londres, 1908, II, págs. 489 y sigs.; CAMPBELL

III. *La justicia administrativa en Italia* (1). Está regulada actualmente por cinco leyes fundamentales (además de varias leyes especiales).

a) La ley 20 Marzo 1865, apéndice *E*, sobre lo contencioso administrativo.

b) La ley 31 Marzo 1877 sobre conflictos de competencia.

c) La ley del Consejo de Estado, tex. único 2 jun. 1889.

d) La ley 1.º de Mayo 1890 sobre organización de la justicia administrativa y en particular sobre juntas provinciales administrativas.

e) La ley 7 Marzo 1907 sobre la reorganización de las instituciones para la justicia administrativa, la cual habiendo modificado en parte las dos leyes precedentes, se ha refundido con las mismas en dos diferentes textos únicos, fecha 17 Ag. 1907, números 638 y 639.

Como vemos, el sistema se ha venido formando parte por par-

BLACK, *Handbook of american constitutional Law.*, 3.ª edic. 1910, página 94 (excluidos los actos políticos y los que implican poderes discrecionales).

(1) VOLPICELLI, *Principii regolatori della competenza amministrativa e dei conflitti d'attribuzione* (Nápoles), 1852; SERVICI, *Il contenzioso-amministrativo* (Estado pontificio), 1869, BERTETTI, *Il contenzioso-amministrativo*, Turín, 1865; MANTELLINI, *I conflitti d'attribuzione, 1871-1878; Lo Stato e il Codice civile*, 1882; SPAVENTA, *Discorso all'Associazione costituzionale di Bergamo*, 1880; LEPORINI, *La giustizia nell'amministrazione*, 1886; FRANCESCHELLI, *La giustizia nell'amministrazione*, 1889; ARMANNI, *La riforma del Consiglio di Stato e la giustizia amministrativa*, 1889; MEUCCI, *Il principio organico del contenzioso-amministrativo* (en la *Giustizia amministr.*), 1891; DE NAVA, *Il Consiglio di Stato* (en el *Digesto italiano*); VACCHELLI, *La difesa giurisdizionale dei cittadini verso l'autorità amministrativa* (en el vol. III del *Trattato di Diritto amministr. ital.*, dirigido por ORLANDO); SALANDRA, *Trattato della giustizia amministrativa*, 1904; ORLANDO, *La giustizia amministrativa* (en el *Trattato* supradicho, vol. III); MORTARA, *Commentario*, volumen I (4.ª ed.); CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, vol. I; VITTA, *Giustizia amministrativa*, 1903; CHINCA; *La giustizia amministrativa, innanzi alla Giunta prov. amm.*, 1910. Véanse también los Manuales de Derecho administrativo de MEUCCI, 5.ª edic., de ROMANO, de PRESUTTI, y citadas más adelante las posteriores a la reciente ley de 7 de Marzo de 1907.

te, y en su formación dominaron, entre mucha incertidumbre de ideas y con inevitables incongruencias las diversas influencias, ya del sistema frances, ya del sistema germánico, además de algún concepto propio del sistema belga.

Antes del 1865, regían en los diferentes estados italianos instituciones parecidas al contencioso administrativo francés, en el principio informador fundamental. Debiendo resolverse la unificación administrativa del Reino, preparóse una reforma sobre una base enteramente distinta, sobre el concepto fundamental de que las cuestiones concernientes a *proprios y verdaderos derechos* de cualquier modo que en ellos estuviese interesada la Administración pública, debiesen atribuirse a la jurisdicción ordinaria. Sucediéronse varios proyectos concordantes con esta idea, pero que diferían en las excepciones opuestas al principio de la jurisdicción única y oscilaban entre la idea de proceder por normas genéricas o por enumeraciones de las cuestiones dejadas o sustraídas a la Administración. Hasta que un proyecto PERUZZI (Ponente BORGATTI) modificado por las comisiones parlamentarias afirmó estos principios:

a) Que a la autoridad judicial ordinaria debía corresponder el conocimiento de las contiendas relativas a *derechos civiles o políticos*, aunque en ellas esté interesada la Administración pública, y aunque se hayan producido resoluciones de la autoridad administrativa.

b) Que a la autoridad administrativa correspondía el conocimiento de las reclamaciones contra los actos de pura administración (lesivos de simples intereses, no de derechos).

c) Que la autoridad judicial no podía conocer más que de las consecuencias del acto administrativo, relativas al derecho del particular, pero sin revocar el acto mismo, que únicamente podría hacerlo la Administración.

Estos principios reproducidos en el proyecto LANZA fueron después la ley 20 Mar. 1865, apéndice E (1).

(1) Art. 1.º Los TRIBUNALES ESPECIALES actualmente investidos de la jurisdicción contencioso-administrativa, tanto en materia civil como en materia penal, QUEDAN ABOLIDOS, y las controversias cuya competencia le fué atribuída por diversas leyes vigentes serán en adelante devueltas a la jurisdicción ordinaria, según las normas contenidas en la presente ley.

A) *Le ley 20 Marzo 1865, ap. E (1)*. Es la base del sistema italiano: parte de la diferencia entre *derecho e interés*, o sea entre el bien garantizado y no garantizado por la ley.

En cuanto a los intereses no garantizados, (*negocios*) que también en adelante podían dar lugar a recurso ante los tribunales de lo contencioso, dispúsose (art. 3), que no pudiesen dar lugar más que a recurso ante la administración pura (recurso jerárquico, § 13); pero donde la ley *garantiza* un bien al particular, incluso de fren-

Art. 2.º Se atribuyen A LA JURISDICCION ORDINARIA todos los pleitos por contravenciones y todas las materias en las cuales se discuta UN DERECHO CIVIL O POLÍTICO, de cualquier manera que pueda estar interesada en él la ADMINISTRACION PÚBLICA, Y AUNQUE hayan sido dictadas RESOLUCIONES POR EL PODER EJECUTIVO O POR LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA.

Art. 3.º Los ASUNTOS no comprendidos en el artículo precedente serán de la competencia de las autoridades administrativas, las cuales, admitidas las deducciones y las observaciones por escrito de las partes interesadas, proveerán con decretos motivados, previo dictamen de los Consejos administrativos que para los diversos casos establezcan las leyes.

Contra tales decretos, que se escribirán a continuación del dictamen igualmente motivado, admítase el recurso, EN VÍA JERÁRQUICA, conforme a las leyes administrativas.

Art. 4.º Cuando la discusión recae en un derecho que se pretende lesionado por un acto de la autoridad administrativa, los Tribunales se limitarán a conocer LOS EFECTOS DEL ACTO, en relación con el objeto deducido en juicio.

El acto administrativo NO PODRÁ SER REVOCADO NI MODIFICADO sino por recurso a las competentes autoridades administrativas, las cuales se adaptarán a la sentencia de los Tribunales en cuanto se refiera al caso decidido.

Art. 5.º En este como en cualquier otro caso, las autoridades judiciales aplicarán los actos administrativos y los Reglamentos generales y locales EN CUANTO SEAN CONFORMES A LAS LEYES.

Los otros artículos de la ley 20 Marzo 1865 refiérense a la competencia relativa a las cuestiones de impuestos (art. 6.º), a algunos particulares poderes de la administración en los casos de urgencia (arts. 7 y 8), a la secuestrabilidad de las cantidades debidas por el Estado (art. 9.º), etcétera, etc.

(1) CAMMEO, *L'azione del cittadino contro la pubblica amministrazione*.

te a la Administración, se ha dispuesto que la actuación se pida no a tribunales privilegiados de la Administración, sino a la jurisdicción común (arts. 1 y 2).

Esto debía entenderse tanto para las relaciones *privadas* como para las *públicas (civiles y políticas)*: precisamente la importancia de la reforma estaba en haber deferido a los tribunales ordinarios todas las relaciones con la Administración, *incluso las públicas*, puesto que, en cuanto a las relaciones privadas, la Administración ya estaba sujeta a la ley procesal común. Y si los tribunales de lo contencioso habían tenido competencia incluso para las relaciones privadas, esto habíase venido ya limitando en lo contencioso sardo a relaciones que presentaban un elemento de interés público (contratos, de subasta de obras públicas). Pero al aplicar la nueva ley, nuestros jueces mostráronse reacios en admitir el carácter *jurídico* de las relaciones en que la Administración entra como «poder» manteniendo la distinción tradicional entre actos de *gestión* y *actos de imperio*, considerando en cambio como relaciones privadas muchas que no lo eran, sometiénolas por este procedimiento a su juicio.

La diferencia entre actos de gestión y de imperio no debería tener importancia para la determinación de los límites de la jurisdicción ordinaria. Para saber si esta puede actuar *en favor del actor*, no es preciso mirar si la Administración se encuentra en una relación como particular o como poder, sino si existe una voluntad de ley que garantice un bien al actor. Y también es impropio hablar de *competencia* de la autoridad judicial frente a la Administración: desde el momento en que la autoridad judicial puede siempre investigar *si el actor tiene un derecho* contra esta, no puede verdaderamente declararse competente o incompetente, sino tan sólo declarar la existencia o inexistencia del derecho (§ 3, 5). La cuestión tiene carácter prejudicial solo en cuanto se reduce a una cuestión de derecho (¿existe una norma *abstracta* de tal naturaleza que pueda garantizar un bien al particular?) § 5 y 70 (1).

(1) Véase PRESUTTI, en la *Legge*, 1903, pág. 1.984 y sigs.; ANZILOTTI, en la *Riv. di Dir. Púbb.*, 1909, parte II, pág. 212; Cas. Roma, sec. ún. 18 Mayo 1908 (en la *Legge*, 1908, pág. 1.783).

Pero el conocimiento de la autoridad judicial no fué admitido sin una importante limitación. Hemos visto que en abstracto el derecho del ciudadano contra la Administración puede consistir en un derecho de impugnación contra un *acto administrativo* ilegal, *a*) que disminuya o prive al ciudadano del goce de un bien garantizado por la ley, *b*) o imponga al ciudadano una prestación no debida. Y aún nuestro derecho no admite estos derechos de impugnación contra los actos administrativos sino con grandes limitaciones y reservando su examen a jueces especiales. En efecto, la existencia de un derecho de impugnación manifiéstase en las palabras que el juez pronuncia «anulo», «rescindo», «revocho», palabras que expresan el efecto que por ley se verifica con la declaración del derecho de impugnación (§ 8). En cambio, frente al *acto administrativo*, niégase este poder al juez ordinario no puede anularlo ni modificarlo (art. 4), sino que debe limitarse a declarar su ilegitimidad y, por consecuencia, la ocurrida lesión del derecho por parte del acto administrativo, poniendo a la Administración en la alternativa de revocar ella misma el acto o de modificarlo en forma que haga cesar la lesión, o compensar ésta con el resarcimiento de los daños, la condena en los cuales suele incluirse en la sentencia, dando lugar de hecho a una forma simplificada de expropiación por utilidad pública. Esta limitación (traída de la práctica belga) significa en parte un homenaje a la teoría de la división de los poderes y en parte está determinada por razones prácticas; el acto administrativo, a diferencia del acto del particular, siempre puede tener una repercusión en importantes intereses generales, y lo mismo su anulación; de aquí la oportunidad de que el juez ordinario se limite a afirmar la existencia del vicio de acto concerniente a un ciudadano lesionado en su derecho individual o injustamente gravado con una obligación; por eso el administrador, aún estando obligado a hacer cesar la lesión, puede al mismo tiempo dirigir la correspondiente resolución al interés general (1).

(1) Esta limitación tiene por consecuencia la inadmisibilidad, contra los actos que se estiman administrativos, de aquellas acciones que por su naturaleza conducirían a suspender el acto administrativo, como algunas acciones de cautela y, sobre todo, la denuncia de obra nueva (véase CAMMEO, *Comm.*, I, pág. 855, nota). En cuanto a las acciones posesorias (que,

Dedúcese de la letra y del espíritu del art. 4:

1.º Que la limitación no tiene lugar si no hay un *acto administrativo*; por lo tanto no se verifica en los actos realizados por la Administración en concepto de particular (*jure gestionis*). A éste respecto la distinción entre actos de imperio y de gestión puede aplicarse y ordinariamente se aplica por las sentencias (1). Resulta en efecto, de los precedentes de la ley que la limitación no puede extenderse a las relaciones que ya antes de la ley estaban sometidas a la autoridad judicial ordinaria y a la ley procesal común. Ni podría explicarse de otra manera la letra de la ley según la cual pueden darse controversias que afecten a la Administración sin haberse producido resoluciones de la *autoridad administrativa* o del *poder ejecutivo* (arts. 2 y 4). En cambio, según la opinión

no obstante la común y errónea opinión contraria, no tienen relación especial alguna con las denuncias, como no sea la proximidad en que se encuentran en el Cód. Civ.), su admisibilidad frente al acto administrativo depende de admitir o no el «derecho a la posesión». Admitido éste, ninguna dificultad se opone a admitir una declaratoria del despojo y del inquietamiento, por parte del juez ordinario para actuar, mediante recursos a la quinta sección del Consejo de Estado. Para nosotros, que negamos «el derecho de posesión» (§ 1), la inadmisibilidad es evidente. La jurisprudencia acerca de estos particulares es incierta sobremanera, especialmente en los fundamentos. — Véase, entre las decisiones más recientes: Cas. Roma, Secc. Ún., 5 Dic. 1908 *Giurisprud. ital.* 1909, pág. 15; 7 Enero 1909 (*Giustizia ammin.* 1909, III, pág. 1); 26 Marzo 1909 (*Legge*, 1909, página 1.045); 17 En. 1911 (*Giurisprud. ital.*, 1911, pág. 287).

(1) RANELLETTI, *Per la distinzione degli atti d'impero e di gestione*, en las publicaciones jurídicas en honor de V. SCIALOJA, págs. 9 y sigs. del extracto, *Principii di Dir. amm.*, I, núms. 238 y sigs. Véase antes pág. 32.

Precisase, pues, distinguir:

1.º Para la aplicación del art. 2.º de la ley la diferenciación de actos de imperio y de gestión no tiene importancia porque son relaciones jurídicas tanto las privadas como las públicas.

2.º Para la aplicación del art. 4.º sí que la tiene, porque puede haber una impugnación contra un acto de gestión (p. ej., nulidad o rescisión de un contrato) o contra un acto de imperio que haya perjudicado a un particular, limitando ilegalmente el goce de un bien (p. ej.: decreto de expropiación) o imponiendo ilegalmente una prestación (ej.: inscripción en una matrícula de contribuciones).