
Perspectiva histórica de la Jurisdicción Administrativa en América Latina: Tradición Europea Continental Versus Influencia Estadounidense*

A historical perspective on administrative jurisdiction in Latin America: Continental European tradition versus U.S. influence

Ricardo Perlingeiro**

Universidad Federal Fluminense. Rio de Janeiro. Brasil
rperling@terra.com.br

RESUMEN

Desde el punto de vista de la influencia estadounidense, el texto analiza la historia de la jurisdicción administrativa, a partir del siglo XIX, de los 19 países latinoamericanos de origen ibérico (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela). Examina su sistema judicial único y el *due process of law* procedimental y previo a las decisiones de la Administración, campo fértil de la *primary jurisdiction*, en pugna con la cultura europea continental arraigada en el derecho administrativo de América Latina. Al exponer las contradicciones de la jurisdicción administrativa en los países latinoamericanos, ocasionadas por la importación de reglas sin la debida contextualización, el texto busca identificar tendencias y avivar una perspectiva en cuanto a la construcción de un modelo propio de justicia administrativa en América Latina, valiéndose de la experiencia tanto estadounidense como de la Europa continental.

Palabras clave: Historia sobre la justicia administrativa, América Latina, el debido proceso, proceso administrativo, procedimiento administrativo.

ABSTRACT

From the perspective of US influence, this text analyses the history of administrative jurisdiction, starting from the 19th Century, in the 19 Latin American countries of Iberian origin (Argentina, Bolivia, Brazil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Mexico, Nicaragua, Panama, Paraguay, Peru, Dominican Republic, Uruguay and Venezuela). The

Fecha de recepción: 12 de abril de 2016

Fecha de aceptación: 19 de abril de 2016

* Como citar este artículo: Perlingeiro, R. (enero-junio, 2016). Perspectiva histórica de la Jurisdicción Administrativa en América Latina: tradición europea continental versus influencia estadounidense. Revista Diálogos de Saberes, (44). Universidad libre (Bogotá).

Artículo de reflexión

** Profesor Catedrático (*Profesor Titular*) de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal Fluminense (Niterói, Rio de Janeiro). Juez Federal (*Desembargador Federal*) del Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro). Investigador invitado del *Deutsches Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung Speyer – FÖV* (2006-2007).

analysis includes the US unified judicial system (generalized courts) and procedural due process of law to decisions by the administrative authorities, the fertile field of primary jurisdiction, which is in conflict with the Continental European tradition firmly established in Latin American administrative law. While setting out the contradictions of administrative jurisdiction in Latin American countries that result from importing rules without putting them in the proper context, the text seeks to identify trends and create perspective to build a model of administrative justice specific to Latin America, drawing on the accumulated experience of the United States and Continental Europe.

Key words: History of administrative justice, Latin America, due process of law, administrative proceedings, administrative procedure.

INTRODUCCIÓN

La explosión de conflictos de derecho público en los tribunales de Brasil¹ se ha asociado a una falta de identidad con su propio modelo de justicia administrativa², el cual contiene rasgos del sistema

¹ “De un total de 83,4 millones de hechos en trámite en los tribunales brasileños en el 2009, se alcanzó el record de 92,2 millones en el 2012; de este total, 28,2 millones (31%) eran casos nuevos y 64 millones (69%) estaban pendientes de años anteriores. En el 2012, los magistrados brasileños dictaron sentencia, más o menos, a 1.450 procesos, 1,4% más que en 2011. Aun cuando los magistrados hayan juzgado más procesos por cada año, el aumento del total de sentencias (1 millón – 4,7%) fue inferior al aumento de casos nuevos (2,2 millones – 8,4%), lo que resultó en el juicio en 2012 de 12% de procesos a menos que el total ingresado. No existe forma que permita fijar el porcentaje de las causas que involucran autoridades públicas, sin embargo, se cree que son la mayoría, por encima del 50% del total en general. Hay cuatro datos que conducen a esta conclusión: (i) en el 2012, del total de 64 millones de procesos pendientes de años anteriores, 39,9% eran de ejecuciones fiscales, mientras que, en el 2013, de los 66,7 millones pendientes, 41,4% consistían en ejecuciones fiscales; (ii) en los últimos 20 años, de los 90% del total de los procesos judiciales en curso en el Supremo Tribunal Federal / STF (Corte Constitucional), es constante la presencia de autoridades públicas como una de las partes; (iii) de los 693 procesos con repercusión general en el STF, 498 de estos el 71%, versan sobre derecho público (derecho administrativo, tributario y providencial); (iv) de los 721 recursos de efecto repetitivo en el Tribunal Superior de Justicia / STJ (Corte Suprema), 360 dicen respecto al derecho público, lo que corresponde, por lo tanto, al 50% del total” (Consejo Nacional de Justicia, 2014, pp. 32 y ss.; PERLINGEIRO, 2015, pp. 293-331).

² Es necesario señalar el alcance y el contexto de la terminología utilizada en el presente texto. La expresión

normativo estadounidense que son disonantes con la cultura brasileña de derecho administrativo, y de contener, aun, muchos rasgos supeditados a la matriz francesa y alemana (PERLINGEIRO, 2015, pp. 293-331). Frente a esto, Rivero señalaba que “aun cuando en los aspectos en que la influencia anglosajona alcanza un punto máximo en el derecho administrativo latinoamericano, ésta no parece que se extienda a la técnica jurídica: las fuentes, las categorías y los métodos de raciocinio permanecen igual a los del derecho continental, con pocas excepciones” (RIVERO, 2004, p. 221).

A inicios del siglo XIX en Europa, muchos consideraban la jurisdicción administrativa como una atribución del Poder Ejecutivo, inherente al poder de autotutela. Más tarde esta jurisdicción pasa a ser compartida entre la Administración y los tribunales independientes, de modo que el *recurso judicial* consistió en la segunda instancia de una jurisdicción administrativa originada en la misma Administración. Mientras tanto en la Europa continental de finales del siglo XIX, se optó por solucionar los conflictos administrativos a través de los tribunales independientes que mantuvieron una inclinación hacia la especialización y a los poderes amplios de revisión, en compensación a un sistema

“Contencioso Administrativo” se relaciona con las reclamaciones o impugnaciones de un interesado contra los comportamientos de una autoridad administrativa. La expresión “jurisdicción administrativa” sirve para designar la prestación jurisdiccional destinada a la solución de un Contencioso Administrativo, y “justicia administrativa” se refiere a los órganos estatales responsables por esa actuación jurisdiccional (Universidade Federal Fluminense, 2008).

de derecho administrativo, en el que las autoridades carecían de independencia efectiva para decidir (NAPOLITANO, 2007. p. 45).

En los Estados Unidos de Norteamérica por el contrario, con la evolución de su tradicional sistema judicial monista, la tendencia fue la de compartir el ejercicio de la actividad jurisdiccional administrativa entre el poder Ejecutivo y Judicial, no como en los inicios de la justicia administrativa europea,³ sino, a través de un modelo en el que las decisiones administrativas eran proferidas por autoridades que detentaban cierta dosis de independencia (*quasi-judicial bodies, administrative tribunals*), en un proceso extrajudicial con garantías cercanas al *due process of law*, donde dichas decisiones sólo podrían modificarse por la justicia –no especializada– cuando eran contrarias a la razonabilidad, adentrándose, difícilmente, en su soporte fáctico (revisión judicial limitada).⁴

Sin embargo, este enfrentamiento cultural en Latinoamérica, sin una previa contextualización, podría constituirse en un factor de riesgo al impulsar el modelo de justicia administrativa hacia uno de estos dos extremos: por un lado, hacia una duplicidad de jurisdicciones, con autoridades públicas y tribunales judiciales que poseyeran, de manera semejante, independencia, especialización y poder amplio de revisión, lo que podría representar un aumento de gastos, inseguridad y demora en la solución de los conflictos; y, por otro lado, hacia una ausencia de jurisdicción, en la medida en que las autoridades administrativas sin independencia, y por esto, sin aptitud para asegurar un justo proceso administrativo extrajudicial, convivirían con tribunales judiciales no especializados, lo cual conllevaría a optar por respetar la capacidad técnica y el poder normativo de las autoridades o, con igual efecto práctico, de esa *administrative deference*, en

la que se opta por decidir, aun cuando no se posea una adecuada capacidad cognitiva sobre la materia *sub judice*.

En uno u otro caso, las autoridades administrativas y los tribunales judiciales podrían debilitarse como órganos jurisdiccionales, especialmente desde el punto de vista de la confiabilidad entre ellos, recíprocamente considerados, y también frente a los interesados.

El modelo brasileño se inclina hacia una ausencia de jurisdicción, con el advenimiento de la República, en 1891. Bajo la declarada influencia del constitucionalismo estadounidense, se instala un sistema judicial único para la jurisdicción administrativa y para la jurisdicción común, el cual hasta el día de hoy se encuentra vigente; es más, con la Constitución de 1988, se eleva el debido proceso legal administrativo (extrajudicial) a la categoría de derecho fundamental, pasando a ser una condición previa en las decisiones administrativas restrictivas de derechos individuales.

Mientras tanto, frente a una Administración Pública carente de prerrogativas para decidir los conflictos con independencia efectiva, constantemente se reclama del Poder Judicial una mayor eficacia de su jurisdicción en el control de la actuación administrativa. De esta forma, se generaliza la frustración, sea ante los tribunales judiciales que se callan en favor de las autoridades (lo que es propio del modelo estadounidense con los *quasi-judicial bodies*), sea frente a los tribunales judiciales, frecuentemente criticados por las autoridades al endurecer la intensidad del control (lo que es típico en el modelo europeo continental con una jurisdicción dualista y especializada).

No es comprensible cómo en Brasil sea necesaria la intervención judicial para que se ejecute una decisión administrativa de naturaleza tributaria. Existen aproximadamente 25 millones de ejecuciones fiscales en curso, lo que representa un 40% de los procesos judiciales que se encuentran en trámite en el país.⁵

³ García de Enterría tiene una concepción opuesta, la de que el *judicial review* actual es un retroceso hacia el “arcaico contencioso europeo del siglo XIX” (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1995. pp. 172 y ss.).

⁴ Sobre la diferencia entre el “sistema judicial” iberoamericano y el modelo norteamericano, ver CASSAGNE, J.C. (2009. pp. 71 y ss.); y, en general, ASIMOW (2015, pp. 3-32).

⁵ En el 2012, se encontraban pendientes 25 millones de ejecuciones fiscales en las cortes brasileñas, lo que corresponde al 39,9% de todos los procesos judiciales en trámite (CNJ, 2013. pp. 293-303). <(IMOW,

Efectivamente, prevalece, en la comunidad jurídica brasileña, la sensación de que la Administración no está habilitada para promover, por su propia cuenta, actos ejecutorios de sus decisiones o, inclusive, conducir procesos justos que resulten en decisiones restrictivas, especialmente en los Estados y municipios del interior, donde, además de la falta de independencia, los funcionarios públicos no siempre poseen algún conocimiento jurídico.

Sin embargo, y paradójicamente, se teme que al “desjudicializar” la ejecución fiscal aumenten los conflictos judiciales, siendo considerable la posibilidad de que existan errores administrativos; es mejor, entonces, que la ejecución *ab initio* ocurra en el ámbito judicial y que los eventuales errores –judiciales, en menor extensión– sean corregidos en el mismo lugar (DUARTE, 2005, pp. 45-58; ERDELYI, 2007; VASCONCELLOS, 2012). Como queda demostrado, se anula prácticamente el papel de las autoridades en materia de derecho tributario, haciéndole entrega a lo judicial del poder para conducir la ejecución de decisiones administrativas, como si se tratara de una *longa manus* de las autoridades, obsérvese que la ejecución es una función típica de la administración (atributo de la autoejecutoriedad de las decisiones administrativas), y, simultáneamente, se concentra frente al mismo juez –no especializado– el poder para decidir sobre los conflictos resultantes de la ejecución.

En Alemania, las decisiones tributarias las ejecutan las mismas autoridades.⁶ El alto grado de credibilidad de la administración alemana, heredada del profesionalismo prusiano (ZILLER, 1993. p. 381), conlleva una sensación de imparcialidad aun cuando no haya un pronóstico de prerrogativas que auspicien una independencia efectiva, de modo que, en la práctica, los jueces especializados, a pesar de sus amplios poderes, no están frecuentemente instados a ejercerlos. Esta realidad del modelo de justicia administrativa alemán es una demostración de que el sistema europeo continental no es sinónimo de exceso de judicialización; por el contrario, esta judicialización exacerbada será, en cualquier caso,

⁶ §§ 249 y siguientes del Código Fiscal (*Abgabenordnung / AO*).

el síntoma de una administración debilitada que, de hecho, puede agravarse cuando los modelos de justicia administrativa sean creados, sin los ajustes necesarios, a la realidad cultural de cada país.

El texto intenta demostrar que la influencia eventual del constitucionalismo estadounidense en América Latina, posterior a sus respectivos movimientos de independencia republicana, como por ejemplo lo que sucedió en Brasil, llevó a la mayoría de los nuevos países, en el siglo XIX, a un sistema de jurisdicción unificada en lo judicial (sistema monista), rompiendo con sus orígenes de la Europa continental, al cual le siguió un modelo judicial dualista, en el que la jurisdicción administrativa se estructura de manera separada de la jurisdicción de derecho privado.

Es más, de la misma manera que Brasil puede criticarse por ignorar la versión del Consejo de Estado francés a finales del siglo XIX (*justice déléguée*), es posible que, en el futuro, no sea comprensible la razón por la cual los países latinoamericanos hayan proseguido con el sistema judicial de jurisdicción única sin considerar la evolución del derecho administrativo estadounidense a este respecto.

En este contexto, a partir de algunos tópicos inherentes a la estructura básica de un modelo de justicia administrativa,⁷ el presente estudio proyecta analizar, en un período que comprende desde el siglos XIX al XXI, la evolución de los sistemas de justicia administrativa en los Estados latinoamericanos,⁸ comparar sus experiencias, alteraciones recientes, oscilaciones y tendencias consolidadas en la búsqueda de una nueva dirección: ¿reconciliarse con el modelo europeo continental? ¿Aproximarse hacia una evolución del modelo estadounidense? o ¿iniciar la construcción de una identidad sobre un modelo propio?⁹

⁷ Criterios inspirados parcialmente en el esquema elaborado por ASIMOW (2015, pp. 3-32).

⁸ Son 19 los países latinoamericanos de origen ibérico: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

⁹ Según Rivero, en el actual estado del arte, es temerario concluir la existencia de un verdadero sistema latino-

RESULTADOS DE INVESTIGACIÓN

1. Jurisdicción administrativa: modelo judicial, extrajudicial e híbrido

1.1 Constitución de Cádiz de 1812. Junta Grande de 1811 (Argentina). Constitución Belga de 1831. Reglamento para el Arreglo de la Autoridad Ejecutiva Provisoria de Chile (1811). Loi des 16 et 24 août 1790. Ley de Santamaría Paredes. Tribunal Administrativo de Land de Baden de 1863.

Según Cassagne, existe un error de interpretación sobre el alcance de las fuentes constitucionales y sus bases históricas que tienden a asociar el modelo estadounidense al sistema judicial de jurisdicción única en América Latina; el *judicialismo* de los sistemas latinoamericanos de justicia administrativa tendría su origen en la Constitución de Cádiz de 1812, cuyo art. 243 imponía un límite absoluto al ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de entes o tribunales pertenecientes a la estructura del Poder Ejecutivo (CASSAGNE, 2009, pp. 67 y 71).

Aunque es muy probable que el origen de las ideas liberales de La Pepa se encuentre en las colonias estadounidenses y en Inglaterra, de donde, a decir verdad, más tarde, habría sido extraído el sistema judicial monista. De acuerdo con Congleton, la lista de funciones del Legislativo contenidas en el art. 131 de la Constitución de Cádiz no encontraba correspondencia con la Europa continental de 1812, pero sí con el Parlamento estadounidense e, implícitamente, con el inglés (CONGLETON, 2010, pp. 18-19). La verdad es que algunas Constituciones hispanoamericanas ya habían sido aprobadas antes de 1812, como es el caso de Argentina, Chile y Venezuela en 1811 (BLAUSTEIN, 2004).

A propósito, la así denominada Junta Grande del 22 de octubre de 1811, considerada la primera Constitución argentina, que adoptó “orgánicamente la forma tripartita de gobierno” (LÓPEZ ROSAS, 1970, p. 143; ÁVILA RICCI, 1997, p. 122; LONGHI,

1945, p. 258; SAGÜÉS, 2006, p. 6), dispuso en su art. 8, Sección Segunda del Poder Ejecutivo, *in verbis*:

El poder ejecutivo no podrá conocer de negocio alguno judicial, abocar causas pendientes, ejecutadas, ni mandar abrir nuevamente los juicios, no podrá alterar el sistema de la administración de justicia, ni conocer de las causas de los magistrados superiores, ni inferiores, ni demás jueces subalternos, y funcionarios públicos quedando reservada al Tribunal de la Real Audiencia o la Comisión que en su caso nombrara la Junta Conservadora.

A su vez, vale señalar las raíces de la *Junta Grande del 22 de octubre de 1811* en los Estados Unidos, como lo observa Valadés:

[...] El Secretario de la Junta de Gobierno, Mariano Moreno, elaboró una traducción de la Constitución estadounidense de 1787, a la cual introdujo algunas modificaciones en la numeración y contenido. Ciertos autores (Durnhoffer), ven en ese estudio una suerte de proyecto constitucional [...] El 18 de diciembre de 1810, la Primera Junta interpreta el Reglamento del 25 de mayo y resuelve que deben incorporarse a ella los diputados del interior del Virreinato. Cuando se amplía el número de sus integrantes, que llega a ser veintidós, pasa a llamarse, en 1811, Junta Conservadora (de los derechos de Fernando VII) y, vulgarmente, Segunda Junta o Junta Grande. [...] (VALADÉS, 2006. p. 4).

Al prevalecer esta tesis, el trabajo de Moreno habría sido la primera iniciativa constitucional orgánica de la República de Argentina (VALADÉS, 2006. p. 5).

Efectivamente, el mencionado art. 243 de la Constitución de Cádiz (ni las Cortes ni el Rey podrán ejercer, en ningún caso, las funciones judiciales, avocar causas pendientes ni mandar abrir los juicios fenecidos) como el art. 242 (el poder de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales pertenece exclusivamente a los tribunales) mantienen conexión con lo dispuesto en las Constituciones latinoameri-

americano de derecho administrativo (RIVERO, 2004, p. 222).

canas del siglo XIX, como la de Chile¹⁰, Ecuador¹¹, Argentina¹², Perú¹³ y Bolivia¹⁴.

No obstante, al utilizar la expresión tribunales civiles y criminales en el art. 242 de la Constitución de Cádiz se deja claro que la norma no tenía como fin impedir la solución de un conflicto administrativo por el propio poder ejecutivo, pero si prescribir que éste no interfiriese en las funciones judiciales que, a la época, además del derecho penal, se asociaban más a una jurisdicción sobre causas de derecho privado (aun cuando involucraban la Administración) más que a una jurisdicción administrativa, propiamente hablando.

Al interpretar la expresión derechos civiles contenida en el art. 92 de la Constitución belga de 1831 (concerniente al sistema judicial monista),¹⁵ Rivero esclarece: “por derechos civiles debemos entender todos los derechos subjetivos pertenecientes a los ciudadanos, incluso contra el Estado, reserva que se hace exclusivamente frente a los intereses” (RIVERO, 2004, p. 169). En otros términos, los derechos civiles se contraponen a los derechos políticos, estos identificados con los intereses legítimos, que también serían objeto de control por parte del juez, de la forma establecida por el art. 93 da Constitución belga de 1831.

Al respecto, la noción de “derechos y obligaciones de carácter civil”, como lo expresa el art. 6° de la Convención Europea, siempre fue objeto de contro-

versias en la Corte Europea de Derechos Humanos. Se llegó a proponer un proyecto de protocolo dándole una nueva redacción a dicho artículo, extendiendo su alcance a cualquier cuestión de derecho público, sin embargo, no se llegó a ningún consenso. Esta restricción, tenemos que decirlo, no consta en la Convención Americana de Derechos Humanos, cuyo art. 8° dispone que las garantías al debido proceso legal se aplican a “derechos u obligaciones de naturaleza civil, de trabajo, fiscal o de cualquier otra naturaleza” (BARRETO, 2010, p. 150).

Es evidente lo dispuesto en el art. 9° del Reglamento para el Arreglo de la Autoridad Ejecutiva Provisoria de Chile, del 14 de agosto de 1811, considerada la primera Constitución chilena:¹⁶ “La autoridad ejecutiva no conocerá sobre causas de justicia entre las partes, si no las de puro gobierno (*acte du gouvernement*), hacienda y guerra”, esto es, las cuestiones *gubernativas* eran admitidas como cuestiones inherentes al Ejecutivo y a éste le competía exclusivamente decidir. Con una redacción distinta, pero con el mismo efecto práctico, la Constitución de Paraguay, a finales del siglo XIX, en 1870,¹⁷ prohibía al Ejecutivo decidir sobre lo contencioso administrativo (*contentieux administratif*); ésta expresión, bastante fluida para la época, se encontraba mucho más próxima a los conflictos de derecho privado (incluyendo la Administración Pública) que de los conflictos originados en actuaciones administrativas.

Lo que se consideraba como cuestión de gobierno o cuestión administrativa se encuentra muy próximo a lo que hoy se entiende como actuación administrativa o interés legítimo. En lo que concierne a la doctrina de la época y desde el punto de vista de la jurisdicción administrativa, es posible realizar el siguiente paralelo: interés y derecho; poder gracioso y poder contencioso; cuestión gubernativa y cuestión judicial; cuestión no justiciable y cuestión justiciable (LARES, 1852. pp. 16, 60, 365 y ss.). A pesar de esto, Otto Mayer, en su obra de finales del siglo XIX, nunca aceptó la categoría de actos gubernativos (*acte du gouvernement*); según

¹⁰ Constituciones de Chile de 1828, art. 85.3; y de 1833, art. 108.

¹¹ Constitución de Ecuador de 1869, art. 73.

¹² Constituciones de Argentina de 1811, art. 7; de 1813, art. 153; de 1815, Capítulo II, art. 1; de 1816, Sección 3, Capítulo 2, art. 3; de 1817, Sección 3, Capítulo 2, art. 4; de 1856, art. 92; y de 1860, art. 95.

¹³ Constituciones del Perú de 1823, arts. 81.3 y 127; de 1828, art. 91; de 1834, arts. 86.4 y 136.3; de 1837, arts. 88.6 y 141, 2; y de 1860, art. 43.

¹⁴ Constituciones de Bolivia de 1826, art. 115; de 1831, art. 118; y de 1834, art. 120.

¹⁵ Constitución Belga de 1831: “Art. 92. Les contestations qui ont pour objet des droits civils sont exclusivement du ressort des tribunaux. Art. 93. Les contestations qui ont pour objet des droits politiques sont du ressort des tribunaux, sauf les exceptions établies par la loi.” (Disponible en: [http://bit.ly/1AXbpVC]).

¹⁶ CHILE. Reglamento para el Arreglo de la Autoridad Ejecutiva Provisoria de Chile, de 14 de agosto de 1811. Disponible en: [http://bit.ly/14eJtPa].

¹⁷ Art. 114 de la Constitución de Paraguay de 1870.

este autor, la actuación estatal puede ser legislativa, judicial o administrativa, nunca gubernativa, lo que servía sólo para justificar una inmunidad (MAYER, 1982, pp. 3-5).¹⁸

Por lo tanto, desde este punto de vista, la Constitución española de 1812 no era contraria a la *loi des 16 et 24 août 1790* (las funciones judiciales son distintas y permanecerán siempre separadas de las funciones administrativas. Los jueces no pueden, bajo pena de prevaricato, perturbar de alguna manera las operaciones de los cuerpos administrativos ni convocar frente a ellos a los administradores en razón de sus funciones) o a la Constitución francesa de 1791, Capítulo V, art. 3º ([...] los tribunales no pueden intervenir en las funciones administrativas ni convocar frente a ellos los administradores en razón de sus funciones).

Si por un lado, la Constitución de Cádiz le prohibía funciones judiciales al Ejecutivo, por otro, la transcendencia de ésta facilitó la creación de una jurisdicción administrativa en la España de 1888 (Ley de Santamaría Paredes), toda vez que en la época no se consideraba la entrega a lo Judicial de determinadas cuestiones de derecho administrativo, esto es, no era competencia de los jueces juzgar asuntos gubernativos u otros exclusivos de la Administración (FONTESTAD PORTALÉS, 2006, pp. 62-72). Esto no dejó de ser más que un desdoblamiento de la difusión de *justice déléguée* del Consejo de Estado francés de 1872.¹⁹

En este contexto, las nuevas funciones jurisdiccionales del Estado español, ahora especializadas, y la jurisdicción administrativa en la esfera judicial en general, como la del *Land de Baden*, algunos años antes, en 1863,²⁰ mantenían un punto de intersección con la Constitución belga de 1831.²¹ Ésta fue capaz de

traducir el modelo judicial único del *common law* para una versión continentalizada, conciliando lo Judicial con una jurisdicción administrativa, expresión hasta entonces privativa del régimen francés de la *justice retenue*: todas ellas tendían a una jurisdicción independiente con relación a la Administración.

A propósito, en opinión de Rivero, que reconoce el origen del sistema judicial de jurisdicción única en el derecho anglosajón, la fuente de inspiración de los países latinoamericanos que consagraron y conservaron una unidad judicial, habría sido la Constitución belga de 1831. De hecho, el derecho belga y su Constitución no pasaron inadvertidos a los autores latinoamericanos de la época;²² mas, sin embargo, eran el sistema inglés y el estadounidense los que con frecuencia eran invocados, considerándolos más adecuados al liberalismo, en contraste con el modelo francés de justicia administrativa que permitía a la administración juzgarse a sí misma.²³

1.2 Falta de independencia del Contencioso Administrativo francés y el sistema judicial único en América Latina del siglo XIX. La *justice déléguée* de 1872

Ciertamente, en la primera mitad del siglo XIX, en los países de origen hispano, y en Brasil, con el advenimiento de la República en 1889, el debate que se dio en América Latina trató sobre la falta de independencia del Contencioso Administrativo francés.²⁴ En ese momento, el sistema judicial se concebía como la única estructura estatal independiente, solamente éste podría solucionar los conflictos administrativos, de manera que fueron las ansias por una independencia

¹⁸ Sobre las controversias acerca del conflicto entre atribuciones gubernativas y las actividades administrativas contenciosas de la época, ver FERNÁNDEZ TORRES (2007, pp. 31-79).

¹⁹ Loi du 24 mai 1872 portant réorganisation du Conseil d'Etat (CAPITANT, 2006, pp. 56-61).

²⁰ Gesetz betreffend die Organisation der inneren Verwaltung, vom 5, oktober 1863.

²¹ Constituciones de 1831: "Art. 92. Les contestations qui ont pour objet des droits civils sont exclusivement du ressort

des tribunaux. Art. 93. Les contestations qui ont pour objet des droits politiques sont du ressort des tribunaux, sauf les exceptions établies par la loi." (Disponible en: [http://bit.ly/1AXbpVC]).

²² Para consultar una obra que se vale del derecho belga de entonces, ver CASTRO (1914, pp. 655-688).

²³ Sobre la influencia de los liberales, en la incorporación del sistema judicial único, ver RIVERO (2004, p. 153).

²⁴ En México: CASTILLO VELASCO (1875, p. 275); y LARES (1852). En Brasil: CASTRO (1914); y CAVALCANTI (1938, pp. 748-759).

en la jurisdicción administrativa el factor determinante para la proliferación de un sistema judicial de jurisdicción única en América Latina.

Por ejemplo, Margáin Manautou recuerda que:

“...los antecedentes históricos de lo Contencioso Administrativo en México, se remontan a la Ley para el Arreglo de lo Contencioso Administrativo del 25 de mayo de 1853, la cual fuera influenciada por la legislación francesa de la época –en especial la figura del Consejo de Estado–, y que causara un gran alboroto entre la comunidad jurídica mexicana, por lo que al poco tiempo fue declarada inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al considerarse violatoria del principio de División de poderes (MARGÁIN MANAUTOU, 2004. pp. 67-70).

En la segunda mitad del siglo XIX, en Francia y en Alemania, este debate se superó debido al reconocimiento que se hizo sobre la jurisdicción administrativa, la cual podría ser ejercida independientemente de la administración, aun cuando no se situase en un ámbito judicial, como se dio en la *justice déléguée* de 1872. Conforme Sommermann, la discusión que persistía en la Europa continental se refería al modelo de jurisdicción administrativa que se debería adoptar, ya fuese monista, típico de los países de la *common law*, o dualista, originariamente francés, que acabó venciendo debido a las ventajas de la especialización como también al fin de su principal inconveniente, la falta de independencia. Así, prevaleció, en Europa, una jurisdicción especializada en derecho administrativo, independiente de la administración (SOMMERMANN, 2009, p. 13).

Tomando el ejemplo brasileño, el acoger el sistema judicial único por la Constitución republicana de 1891 se asocia a una opción meramente política en favor del constitucionalismo liberal norteamericano, como oposición a las instituciones brasileñas monárquicas de entonces, de las cuales sobresalieron el Consejo de Estado del Imperio y el contencioso administrativo bajo el régimen de la *justice retenue* que, por motivos obvios, no acompañaron la evolución del derecho administrativo europeo

(*justice déléguée*) (CASTRO, 1914; CAVALCANTI, 1938. pp. 748-759):²⁵ una jurisdicción administrativa independiente sería contraria a los principios fundamentales de la Constitución imperial de 1824 que estuvo vigente hasta 1889.²⁶

Los administrativistas de la segunda mitad del siglo XIX continuaban al lado de la versión originaria del Consejo de Estado francés, al propiciar un fuerte respaldo a la Constitución brasileña de 1824, considerando lo judicial como un Poder destinado al derecho privado y el Ejecutivo como un Poder destinado al derecho público (URUGUAI, 1862, pp. 29-36; RIBAS, 1866, pp. 143-165). Por lo tanto, era comprensible la reacción opuesta del constituyente republicano de 1891, en la búsqueda de un sistema judicial único.

1.3 El sistema judicial único en América Latina del siglo XIX y las cuestiones gubernativas

A finales del siglo XIX, se acabaron las razones para que América Latina continuara distanciándose del modelo europeo de justicia administrativa; en este período, parecía claro que la prohibición del Ejecutivo de ejercer jurisdicción, como estaba consagrado en la Constitución de Cádiz, no impedía que los regímenes latinoamericanos acompañaran la evolución del modelo francés hacia una jurisdicción administrativa independiente. Prueba de esto fue lo que ocurrió en toda Europa, especialmente en España y Portugal, y en el caso específico de Bélgica, que abandonó el sistema judicial monista y

²⁵ La influencia de EE.UU. en Brasil en esta época puede medirse por el art. 386 del Decreto n° 848 de 1890, que estableció al derecho estadounidense de los precedentes de la *common law* como fuente subsidiaria de la jurisprudencia brasileña (BRASIL. Decreto n° 848/1890. Disponible en: [http://bit.ly/1yI9AIW]).

²⁶ Tal es la opinión de Ribas, claramente contraria a una jurisdicción administrativa independiente: “La creación de magistrados y tribunales, exclusivamente destinados a conocer de estos recursos, traería casi los mismos inconvenientes, si no son de libre nominación y dimisión del gobierno; caso contrario, serán nuevos y dispendiosos ganchos en el ya complicado y dispendioso mecanismo administrativo” (RIBAS, 1866. p. 164).

donde, hoy, el Consejo de Estado ejerce jurisdicción administrativa en instancia única.²⁷

De hecho, se evidencia, en América Latina de los inicios del siglo XIX, el surgimiento de una jurisdicción básicamente judicial que, desde entonces, se ha ido lentamente especializando, en mayor o menor medida, como señal de reaproximación con sus orígenes europeos: a partir del inicio del siglo XX, algunas Constituciones latinoamericanas reconocen el modelo judicial de jurisdicción dualista, con una jurisdicción especializada en derecho administrativo, y otras con una jurisdicción administrativa extrajudicial.

Ciertamente, el sistema judicial que rigió en América Latina durante el siglo XIX, posterior a los movimientos independentistas que se dieron entre 1810 y 1831, se vio desalentado por una jurisdicción administrativa invasiva: tendía y se limitaba al estudio de procesos contenciosos –más cercanos al derecho privado– con un modelo judicial mucho más identificado con el de EE.UU., que con el de Europa continental.

En la América Latina del siglo XIX, prácticamente no se conoció una jurisdicción administrativa en la esfera judicial como la del derecho belga (1831) y alemán (1863); tampoco una jurisdicción administrativa en la esfera del Ejecutivo como la del derecho francés (1872) y español (1874). De los 19 países latinoamericanos de origen ibérico, sólo encontramos cuatro excepciones en el sistema judicial del siglo XIX, que optaron por tribunales autónomos alejados de una estructura judicial, aun cuando ya hayan retrocedido en su decisión: Bolivia (1861-1868, 1871-1878), Panamá

(1863-1904), República Dominicana (1874-1880) y Colombia (1886-1914).

El sistema judicial de jurisdicción única en América Latina se equiparaba a lo que ofrecía el Contencioso Administrativo francés de inicios del siglo XIX, esto porque era el Ejecutivo quien decidía las constantes controversias sobre qué cuestiones –que no eran pocas– eran de exclusividad de la Administración y, por lo tanto, inmunes al sistema Judicial (cuestiones gubernativas), de lo que se pudo observar de las Constituciones de Chile de 1833 y de Ecuador de 1843.²⁸ Se trataba de un sistema judicial que, en la mayoría de los países latinoamericanos, poseía un campo de actuación limitado, como ocurría en el derecho anglosajón, el cual, en estos momentos, no ha evolucionado mucho más tanto en el sistema estadounidense como en el de los países latinoamericanos, que de él aún se sirven.

1.4 Especialización de la jurisdicción en Europa y el surgimiento del derecho administrativo

El hecho es que el así denominado sistema judicial de jurisdicción única fue la consecuencia lógica de la ausencia de una consolidación en el derecho administrativo;²⁹ la jurisdicción administrativa que soluciona conflictos administrativos –fácilmente ocultos entre los poderes de autotutela de la Administración (negocios gubernativos) – es una actividad nueva que se entrega a los órganos estatales, que se pretenden independientes, y que coincide con el surgimiento de lo que se concibe como derecho administrativo.

El origen de un sistema judicial de jurisdicción única o, según Fromont, del sistema de jurisdicción civil (FROMONT, 2006, pp. 135 y ss.), usualmente se identifica con el derecho anglosajón: el *common law*

²⁷ Actualmente, tienen Consejos de Estado con funciones de jurisdicción administrativa: Francia, Países Bajos, Bélgica, Italia, y Grecia; mientras que encontramos un sistema judicial de jurisdicción administrativa con una Corte Suprema específica en los siguientes países: Alemania, Austria, Portugal, Luxemburgo, Suecia, Finlandia, República Checa, Polonia, Lituania; tienen además un sistema judicial de jurisdicción administrativa dotado de una Corte Suprema con competencia común, administrativa y civil en España, Suiza, Eslovenia, Hungría, Rumanía y Estonia; mientras que tienen un sistema judicial de jurisdicción única (sistema judicial monista) Reino Unido, Irlanda, Malte y Chipre (FROMONT, 2006, pp. 120 y ss.; ZILLER, 1993, pp. 438-445).

²⁸ Ver Constitución de Chile de 1833, art. 104.5, y Constitución de Ecuador de 1843, art. 52.11.

²⁹ “La unidad de la regla y la unidad del juez eran para Dicey las piezas características del *rule of law*, y el sistema del derecho administrativo y los principios en que esta disciplina reposa son irremediamente extraños al espíritu y a las tradiciones de las instituciones británicas” (RIVERO, 2004, pp. 126-127).

sólo asumió un derecho administrativo a finales del siglo XIX. Además, lo que se denota en las Constituciones latinoamericanas del siglo XIX es un modelo de control judicial de la Administración que prevaleció en Europa antes de la Revolución Francesa y, bajo esta perspectiva, no difería de la Constitución de Cádiz.

El modelo de jurisdicción única europeo continental fue evolucionando en la medida en que el derecho administrativo se fue consolidando; especializado el Poder Judicial se concibieron órganos extrajudiciales dotados de independencia, como el *Conseil d'État* de 1872, atribuyéndoseles poderes específicos para decidir causas de intereses públicos, lo que, en la práctica, contribuyó para controlar el margen de actuación administrativa entonces considerada no justiciable

En este contexto, la laguna que dejó el sistema judicial monista, con una cuasi inmunidad jurisdiccional de la administración, se volvió mucho más evidente con el desarrollo del derecho administrativo.³⁰ Sin embargo, esta laguna fue compensada más tarde en los países del *common law*, con el nacimiento de “organismos administrativos investidos de atribuciones jurisdiccionales”, según Rivero,³¹ o de una jurisdicción administrativa primaria (*primary jurisdiction*) (MAIRAL, 1984, p. 714; CASSAGNE, 2009, p. 76).

1.5 Evolución del sistema judicial único en EE.UU.: *Interstate Commerce Commission (ICC)* de 1887

En 1887, en EE.UU., con el *Interstate Commerce Commission (ICC)*, se marcó el origen de los *administrative tribunals*, una combinación del modelo

judicial único con el contradictorio en el ámbito de la administración pública (PIERCE, 2004. p. 214; MAIRAL, 1984, p. 713). Mientras tanto, esta vertiente del sistema norteamericano, consolidada sólo en el siglo XX, nunca fue considerada por la América Latina del siglo XIX, por motivos obvios.

La histórica evolución del *common law* hacia un *judicial review*, es casi irónica, ya que conduce al seno del Poder Ejecutivo la jurisdicción administrativa,³² al crear tribunales administrativos, cuyos jueces, que al mismo tiempo son funcionarios de la Administración, detentan cierta independencia para solucionar conflictos, y sus decisiones están sujetas a un control parcial (de *delibazione*) por parte del Poder Judicial (ASIMOW, 2015, pp. 3-32; GONZÁLEZ GARCÍA, 1996. p. 37). En la Europa continental, el derecho administrativo tomó una dirección opuesta: sin embargo la jurisdicción administrativa ejercida por el Ejecutivo, se constituyó en una excepción,³³ en la que la elaboración de decisiones administrativas con la participación del interesado se asemeja más a un procedimiento que a un proceso, presentándose claramente la ausencia de garantías a un debido proceso legal extrajudicial.³⁴

1.6 Modelos de jurisdicción administrativa en América Latina de los siglos XIX y XX

1.6.1 Jurisdicción administrativa híbrida (judicial y extrajudicial): Honduras y Brasil

En América Latina, el único caso que encontramos de un modelo de jurisdicción administrativa híbrido, como en los países de la *common law*, es el previsto en la Constitución de Honduras

³⁰ Rivero advierte sobre la ideología de *Polizeistaat* no confesada, que transcurrió en el siglo XX, en el Reino Unido, bajo el rótulo de prerrogativas de la Corona; en EE.UU., con la soberanía del Estado; y, en Francia, con la teoría de los actos de gobierno (RIVERO, 2004, pp. 159-160).

³¹ De igual manera, Rivero asocia claramente la debilidad del sistema judicial monista al surgimiento de la “jurisdicción primaria” dentro del Ejecutivo, que, en el Reino Unido, en 1948, llegaba al número de 207 especies de jurisdicción especializadas (RIVERO, 2004, pp. 126 y 129).

³² En tono irónico, Rivero concluye por la dualidad de jurisdicción del sistema judicial inglés (RIVERO, 2004, p. 137).

³³ Consejo de Estado en Francia, Países Bajos, Bélgica, Italia, y Grecia (FROMONT, 2006, p. 120 y ss.).

³⁴ En el derecho inglés, las autoridades están vinculadas más al derecho de que a la ley; por el contrario, en el derecho francés, más a la ley que al derecho (GARCIA, 1994. pp. 333-334; ASIMOW, 2015).

de 1965,³⁵ con la especialización de una Sala de lo Contencioso Administrativo en la Corte Suprema,³⁶ así como la creación del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, que, por lo dispuesto en el mencionado art. 210, no integraba el Poder Judicial: el tribunal extrajudicial ejercía jurisdicción administrativa, sujetándose a la revisión por vía de la casación ante la Corte Suprema.³⁷

La Enmienda Constitucional n° 7 de 1977 a la Constitución brasileña de 1969 contempló la posibilidad de que el legislador instituyera un Contencioso Administrativo extrajudicial que se sujetara a un posterior control judicial, semejante al actual *judicial review* norteamericano, lo cual nunca prosperó (DIAS, 1979).³⁸

1.6.2 Jurisdicción administrativa extrajudicial: Bolivia, Panamá, República Dominicana, Colombia, Guatemala, Ecuador, Uruguay, México

En el siglo XIX, como ya se mencionó, Bolivia (1861-1868, 1871-1878), Panamá (1863-1904), República Dominicana (1874-1880) y Colombia (1886-1914) constituyeron un tribunal administrativo autónomo con relación al Poder Judicial; en el siglo XX, lo creó Guatemala (1927-1945), Ecuador (1929-1979) y, nuevamente, Panamá (1945-1956).

Durante la breve vigencia de la Constitución de 1861, el derecho administrativo boliviano conoció

un Consejo de Estado, instituido como órgano independiente a lo Judicial, acompañado de un Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, los cuales ejercían jurisdicción administrativa (justicia delegada),³⁹ jurisdicción que fue interrumpida por la Constitución de 1868, y posteriormente, se retomó en la Constitución de 1871,⁴⁰ hasta la vigencia de la Constitución de 1878, en la que la Jurisdicción Contencioso Administrativa,⁴¹ pasa a ser de competencia de la Corte Suprema.

En Panamá, se instituyó la Corte de Estado por la Constitución de 1863⁴², y que se mantuvo en las Constituciones de 1865⁴³, 1868⁴⁴, 1870⁴⁵, 1873⁴⁶, e, igualmente, se instituyó la Corte Superior de Estado, con la Constitución de 1875⁴⁷, hasta la llegada de la Constitución de 1904. Más tarde, en 1945, se creó un tribunal administrativo independiente del Ejecutivo y del Poder Judicial (HOYOS, 2005. p. 16),⁴⁸ el que perduró hasta la Reforma Constitucional de 1956.

La República Dominicana instituyó un órgano de jurisdicción administrativa extrajudicial, cercano al Legislativo, durante la vigencia de las Constituciones de 1874⁴⁹, 1878⁵⁰ y 1879⁵¹. La Constitución colombiana de 1886 incluyó, entre las atribuciones del Consejo de Estado, para entonces órgano extraño al Poder Judicial, la competencia para decidir sobre lo Contencioso Administrativo, en instancia única o en instancia de apelación, de acuerdo con la ley, y también previó la posibilidad para que el legislador

³⁵ Art. 210 “c” de la Constitución de Honduras de 1965. Esta Constitución fue revocada por la Constitución de 1982, que restableció el sistema judicial de jurisdicción única, como fue constante la tradición del derecho constitucional hondureño (Constituciones de Honduras de 1825, 1831, 1839, 1848, 1865, 1873, 1880, 1894, 1904, 1924, 1936 y 1957).

³⁶ Art. 229 de la Constitución de Honduras de 1965.

³⁷ Arts. 210 y 229 de la Constitución de Honduras de 1965.

³⁸ A propósito de la Enmienda 7/77, debo rectificar una anotación expresada en un artículo anterior (PERLINGEIRO, 2015, pp. 293-331), en la que se mencionaba tratar la Enmienda Constitucional 7/77 sobre un contencioso que desafiaba al Poder Judicial; la verdad es que se preveía justamente lo contrario: un contencioso sometido al Poder Judicial (PERLINGEIRO, 1998. p. 47). Ver además GRINOVER (2015, pp. 247 y ss.).

³⁹ Arts. 41.6 y 42 de la Constitución de Bolivia de 1861.

⁴⁰ Arts. 59.8, 59.9 y 79 de la Constitución de Bolivia de 1871.

⁴¹ Art. 111.5 de la Constitución de Bolivia de 1878.

⁴² Arts. 71 y 72 de la Constitución de Panamá de 1863.

⁴³ Arts. 83 al 87 de la Constitución de Panamá de 1865.

⁴⁴ Arts. 94 al 99 de la Constitución de Panamá de 1868.

⁴⁵ Arts. 93 al 98 de la Constitución de Panamá de 1870.

⁴⁶ Arts. 97 al 102 de la Constitución de Panamá de 1873.

⁴⁷ Arts. 82 al 87 de la Constitución de Panamá de 1875.

⁴⁸ Art. 80 del Decreto Legislativo 4, de 1945.

⁴⁹ Art. 71.7 de la Constitución de la República Dominicana de 1874.

⁵⁰ Art. 22.8 de la Constitución de la República Dominicana de 1878.

⁵¹ Art. 22.8 de la Constitución de la República Dominicana de 1879.

creara tribunales con jurisdicción contenciosa administrativa para decidir cuestiones específicas que incluían los Departamentos.⁵²

A partir de las reformas constitucionales en Guatemala de 1927⁵³ y de 1935⁵⁴, se estableció una diferencia de los procesos en los que la Administración hace parte, se mantiene la competencia de los jueces ordinarios, y estableció que procesos son únicamente administrativos, los cuales serían de competencia exclusiva del Tribunal Contencioso Administrativo, órgano extraño a la estructura de lo Judicial, en un procedimiento de instancia única.

La Constitución ecuatoriana de 1929 creó la competencia del Consejo de Estado –órgano extrajudicial– que ejerce jurisdicción contenciosa administrativa en instancia única⁵⁵; mientras que la Constitución de 1945 previó que el Tribunal de Garantías Constitucionales, independiente al Poder Judicial, ejerciera jurisdicción contenciosa administrativa en instancia única⁵⁶; y, finalmente, según lo expresa la Constitución de 1967, refiriéndose a la jurisdicción judicial y a la jurisdicción de los tribunales de lo contencioso fiscal y administrativo con sede en Quito, deja entrever la idea de que se trata de una jurisdicción administrativa extrajudicial en instancia única.⁵⁷

Actualmente, en América Latina existen sólo dos ejemplos de jurisdicción administrativa extrajudicial: Uruguay, con el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, desde 1934, y México, con el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, creado en 1937, los cuales son inspirados en el *Conseil d'État* de 1872 (FIX-ZAMUDO, 1991, p. 82).

⁵² Arts. 141.3 y 164 de la Constitución de Colombia de 1886.

⁵³ Art. 41.3 de la Reforma constitucional de Guatemala de 1927, que le dio una nueva redacción al art. 85 da Constitución reformada.

⁵⁴ Art. 6 de la Reforma constitucional da Guatemala de 1935, que le dio una nueva redacción al art. 17 de la Constitución, y el art. 23, que alteró el texto del art. 85 de la Constitución reformada.

⁵⁵ Art. 117.2 y de la Constitución de Ecuador de 1929.

⁵⁶ Art. 160.8 de la Constitución de Ecuador de 1945.

⁵⁷ Arts. 28.15, de los Capítulos 1 y 2, y 213 de la Constitución de Ecuador de 1967.

Con la Constitución uruguaya de 1934 (DURÁN MARTÍNEZ, pp. 15, 21 y ss.),⁵⁸ se crea el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, órgano autónomo con relación al Poder Judicial, con la función de que ejerza jurisdicción administrativa en instancia única. Pasa a ser tradición del derecho constitucional uruguayo, la disposición sobre reglas procesales de lo Contencioso Administrativo,⁵⁹ entre ellas el alcance de las pretensiones individuales y la competencia da justicia ordinaria para tratar das pretensiones de pérdidas y daños⁶⁰. Estas mismas disposiciones de mantienen en las Constituciones de 1942⁶¹, de 1952⁶² y de 1967⁶³.

La actual Constitución mexicana de 1917, después de sucesivas reformas (la última del 4 de diciembre de 2006), dispone, en el art. 73 XXIX, que el Legislativo tiene autorización

“...para expedir leyes que instituyan tribunales de lo Contencioso Administrativo, dotados de plena autonomía para dictar sus fallos, y que tengan a su cargo dirimir las controversias que se susciten entre la administración pública federal y los particulares, así como para imponer sanciones a los servidores públicos por responsabilidad administrativa que determine la ley, estableciendo las normas para su organización, su funcionamiento, los procedimientos y los recursos contra sus resoluciones”

El Tribunal Federal Fiscal Administrativo mexicano se creó por Ley del 27 de agosto de 1936 y hasta el presente sigue vigente, mientras que fue la Constitución de 1917 la que autorizó la creación de tribunales semejantes para los Estados y el Distrito Federal⁶⁴. Por lo tanto, desde 1937, el derecho administrativo

⁵⁸ Art. 271 de la Constitución de Uruguay de 1934.

⁵⁹ Arts. 273, 274 y 275 de la Constitución de Uruguay de 1934.

⁶⁰ Art. 275.2 de la Constitución de Uruguay de 1934.

⁶¹ Arts. 268 al 274 de la Constitución de Uruguay de 1942.

⁶² Arts. 221 y 307 al 321 de la Constitución de Uruguay de 1952.

⁶³ Arts. 307 al 321 de la Constitución de Uruguay de 1967.

⁶⁴ Arts. 116 V y 122 Base Quinta de la Constitución de México de 1917.

mexicano convive con tribunales administrativos extrajudiciales, dotados de independencia. A pesar de su naturaleza jurídica, los tribunales administrativos son extraños a la estructura del Poder Judicial, considerados por la Constitución de 1917 como órganos autónomos (art. 94) y, contra sus decisiones, está prevista la posibilidad de recurso de amparo frente a un tribunal judicial (art. 107 IV y V b).⁶⁵ Lo que es cierto es que el sistema judicial de jurisdicción única nunca dejó de existir en México; sin embargo, no procede desde que la ley instituyó un tribunal administrativo extrajudicial, autónomo según la expresión constitucional.⁶⁶

En 1984, la Presidencia de la República Federal de Brasil envió un mensaje al Congreso Nacional, proponiendo la creación de un Contencioso Administrativo que, en realidad, implicaba una jurisdicción administrativa únicamente extrajudicial, sin la posibilidad de un control judicial posterior. Dicha propuesta, sin embargo, no fue aprobada, debido a las enormes críticas presentadas por la comunidad jurídica (PERLINGEIRO, 1998, p. 48).

1.6.3 Jurisdicción judicial dualista: Colombia, Nicaragua, Panamá, Ecuador, Guatemala, República Dominicana

El sistema judicial de jurisdicción dualista con una Corte Suprema específica, como hoy ocurre en Alemania y Portugal, fue incorporado en Latinoamérica sólo por Colombia, donde entró en vigencia desde 1914. A pesar de su nombre como es el de Consejo de Estado y el de sus funciones jurisdiccionales que se sitúan al lado de las consultivas, la Corte Suprema de jurisdicción administrativa colombiana es un órgano del Poder Judicial.

El Acto Legislativo n° 3 (Reforma Constitucional) de 1910 alteró el Título XV de la Constitución

⁶⁵ Arts. 94 y 107 IV y V b de la Constitución de México de 1917. Sobre la naturaleza del Tribunal Federal Fiscal Administrativo, ver MARGÁIN MANAUTOU (2009, pp. 2 y ss.).

⁶⁶ Sobre el control judicial de la administración en general, ver FERNÁNDEZ RUIZ (2005, pp. 462-463).

colombiana de 1886, sobre la administración de justicia⁶⁷, y determinó la institución de una jurisdicción contenciosa administrativa; el Acto de Reforma (Reforma Constitucional) de 1914⁶⁸ atribuyó al Consejo de Estado la función de Corte Suprema de lo Contencioso Administrativo. Finalmente, en la Constitución de 1991, se conserva el Consejo de Estado como órgano de la Rama Judicial y, entre sus funciones, fue prevista la de Corte Suprema de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.⁶⁹

Un sistema de jurisdicción judicial dualista, con una Corte Suprema única, se previó constitucionalmente en los siguientes países de América Latina: Nicaragua, en el período comprendido entre 1939 a 1948, con los tribunales y jueces de lo Contencioso Administrativo,⁷⁰ y de 1974 a 1979, con el Tribunal de lo Contencioso Administrativo⁷¹, los cuales, entretanto, nunca fueron implementados por legislador;⁷² Panamá, de 1941 a 1945, con los juicios de lo Contencioso Administrativo;⁷³ Ecuador, de 1979 a 1992, con el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en única instancia⁷⁴; Guatemala, a partir de 1945, con el Tribunal de lo Contencioso Administrativo;⁷⁵ y República Dominicana, a partir de 2010⁷⁶.

⁶⁷ Acto Legislativo 3 (Reforma Constitucional) de 1910, que altera el Título XV de la Constitución colombiana de 1886 (art. 42).

⁶⁸ Art. 6.3 del Acto Reformatorio (Reforma Constitucional) de 1914.

⁶⁹ Art. 231 de la Constitución de Colombia de 1991.

⁷⁰ Art. 243 de la Constitución de Nicaragua de 1939.

⁷¹ Arts. 280, 290 y 303 de la Constitución de Nicaragua de 1974

⁷² Ver REPÚBLICA DE NICARAGUA. Sala de lo Contencioso Administrativo. Antecedentes y Creación de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Disponible en: [<http://bit.ly/15XqPMX>].

⁷³ Arts. 190, 191 y 192 de la Constitución de 1941.

⁷⁴ Art. 98, "e", de la Constitución de Ecuador de 1979.

⁷⁵ Constituciones de Guatemala de 1945 (art. 164), 1956 (arts. 193 y 194), 1965 (art. 255) y 1985 (art. 221).

⁷⁶ Arts. 164 y 165 de la Constitución de la República Dominicana de 2010.

1.6.4 Jurisdicción judicial monista (período ininterrumpido): Chile, Argentina, Venezuela, Paraguay, México, Costa Rica, Perú, El Salvador, Cuba, Brasil

El sistema judicial monista fue el único que la totalidad de los países latinoamericanos, en un momento determinado de su historia constitucional, tuvieron la oportunidad de experimentar. Algunos de ellos lo adoptaron ininterrumpidamente desde el inicio en la vigencia de sus constituciones republicanas, como ocurrió en Chile, Argentina y Venezuela desde 1811; en Paraguay desde 1813, México, 1818; Costa Rica, 1821; Perú, 1823; El Salvador, 1824; Cuba, 1869; y Brasil, 1981.

La historia del sistema judicial chileno está marcada por un sistema judicial de jurisdicción única en las Constituciones de 1811, 1818, 1822, 1823, 1828, 1833, 1925 y de 1980 (VERGARA BLANCO, 2005, pp. 159-161). En Argentina, la falta de referencia explícita a un tribunal especializado en sus Constituciones nos lleva a la conclusión de que el derecho argentino consagró un sistema judicial monista; y es lo que se evidencia en las Constituciones de 1811, 1813, 1815, 1816, 1817, 1819, 1826, 1856, 1860, 1942 y de 1994. El derecho venezolano adopta el sistema judicial de jurisdicción única en las Constituciones de 1811, 1819, 1821, 1830, 1858, 1874, 1901, 1909, 1931, 1945, 1947, 1953, 1961 y de 1999 (BREWER-CARRÍAS, 1997, pp. 21 y ss.).

Paraguay, de la misma manera, adopta un sistema judicial monista (CHASE PLATE, 2007, pp. 1212-1213). A pesar de que las Cartas de 1813 y de 1844 no dispusieron nada al respecto, a partir de la Constitución de 1870,⁷⁷ la jurisdicción para lo contencioso se expuso como una atribución exclusiva del Poder Judicial, excluyéndola del Ejecutivo. La misma regla la incorporaron las Constituciones posteriores, que también autorizaron al Congreso a legislar sobre lo Contencioso Administrativo:

⁷⁷ Art. 114 de la Constitución de Paraguay de 1870.

Constitución de 1940;⁷⁸ Constitución de 1967;⁷⁹ Constitución de 1992⁸⁰.

En México, el sistema judicial de jurisdicción única, hasta el presente, es una impronta: lo consagraron, implícitamente, las Constituciones de 1818, 1824, 1836, 1857 y de 1917 (FERNÁNDEZ RUIZ, 2005, pp. 462-463). En el derecho constitucional costarricense, no fue una excepción al sistema judicial de jurisdicción única a lo largo de la vigencia de sus 14 Constituciones: 1821, 1823 (Constituciones de 17 de marzo de 1823 y de 16 de mayo de 1823), 1824, 1825 (con la reforma de 1835), 1844, 1847, 1848, 1859, 1869, 1871, 1917, y de 1949.

El derecho constitucional peruano establece el sistema judicial de jurisdicción única desde su primera Constitución, de 1823, el que mantuvo por las Constituciones de 1828, 1834, 1837, 1839, 1856, 1860, 1867, 1920, 1933, 1979 y de 1993, se destaca el hecho de que la Constitución de 1867 indicaba la creación por ley de los Tribunales Contencioso Administrativos (HUAPAYA TAPIA, 2006, p. 335).

Las Constituciones de El Salvador de 1824, 1841, 1864, 1871, 1872, 1883 y de 1886 no expresaron nada acerca de lo Contencioso Administrativo, lo que nos lleva a pensar sobre un sistema judicial de jurisdicción única; a partir de la Constitución de 1939⁸¹, los constituyentes autorizaron al legislador a organizar una jurisdicción vinculada al Poder Judicial que incluyera algún asunto administrativo: Constituciones de 1944⁸², 1950⁸³, 1962⁸⁴ y de 1983⁸⁵.

En Cuba, sólo dos de sus Constituciones hacen referencia expresa a la Jurisdicción Contencioso Administrativa como función de los tribunales

⁷⁸ Arts. 76.12 y 87 de la Constitución de Paraguay de 1940.

⁷⁹ Arts. 149 e 199 de la Constitución de Paraguay de 1967.

⁸⁰ Art. 248 de la Constitución de Paraguay de 1992.

⁸¹ Art. 77.17 de la Constitución de El Salvador de 1939.

⁸² Art. 75.17 de la Constitución de El Salvador de 1944.

⁸³ Art. 46.13 de la Constitución de El Salvador de 1950.

⁸⁴ Art. 47.13 de la Constitución de El Salvador de 1962.

⁸⁵ Art. 131.31 de la Constitución de El Salvador de 1983.

ordinarios (Constituciones de 1934⁸⁶ y de 1935⁸⁷); las demás callaron acerca del órgano que sería competente para decidir estos conflictos, de los que se considera haber consagrado, también, el sistema judicial de jurisdicción única: Constituciones de 1869, 1878, 1895, 1897, 1901, 1940, 1952, 1959, 1976 (con las reformas de 1992 y de 2002). En Brasil, las Constituciones que se sucedieron después de la proclamación de la República, como fueron las de 1891, 1934, 1937, 1945, 1967, 1969 y de 1988, adoptaron el sistema judicial de jurisdicción única.

1.6.5 Jurisdicción judicial monista (período limitado): Colombia, Guatemala, República Dominicana

Colombia (1821-1886), Guatemala (1824-1927) y la República Dominicana (1854-1874, 1880-2010) mantuvieron una convivencia limitada con el sistema judicial único.

Las Constituciones colombianas de 1821, 1830, 1832, 1843, 1853, 1858 y de 1863 no hacían referencia a un Contencioso Administrativo, de lo que se concluye que el Poder Judicial, en aquel período, ejercía una jurisdicción única, incluyendo, en su competencia, la jurisdicción sobre conflictos de interés de la Administración. Especialmente en la Constitución de 1830⁸⁸, se encontraban disposiciones sobre la competencia de la Alta Corte de Justicia para conocer cualquier controversia incluyendo contratos o negocios con el Ejecutivo, lo que ratifica la existencia de un sistema judicial de jurisdicción única que se inclina a decidir sobre cuestiones de derecho privado acerca de la Administración, excluyendo de la apreciación judicial los asuntos de derecho administrativo que serían de competencia exclusiva del Ejecutivo. Esta norma se mantuvo, con pequeñas alteraciones, por las Constituciones de 1832⁸⁹, 1858⁹⁰ y 1863⁹¹.

⁸⁶ Art. 80 de la Constitución de Cuba de 1934.

⁸⁷ Art. 86 de la Constitución de Cuba de 1935.

⁸⁸ Art. 110.1 de la Constitución de Colombia de 1830.

⁸⁹ Art. 131.3 de la Constitución de Colombia de 1832.

⁹⁰ Art. 49.11 de la Constitución de Colombia de 1858.

⁹¹ Art. 71.8 de la Constitución de Colombia de 1863.

Las Constituciones de 1824, 1825, 1879 y de 1921 de Guatemala, no dispusieron sobre que órgano sería competente para decidir conflictos incluyendo la Administración, presumiéndose la existencia de un sistema judicial de jurisdicción única; la Constitución de 1839 hace referencia a los asuntos contenciosos como materia de competencia exclusiva de los juzgados⁹².

En la República Dominicana, el sistema judicial de jurisdicción única prevaleció en gran parte de su historia constitucional, concentrado generalmente en la Corte Suprema (Constituciones de 27 de febrero de 1854⁹³, del 10 de diciembre de 1854⁹⁴, de 1858, 1865⁹⁵, 1866⁹⁶, 1872⁹⁷, 1877, 1880⁹⁸, 1881⁹⁹, 1887¹⁰⁰, 1884¹⁰¹, 1896¹⁰², 1906¹⁰³, 1908, 1924, 1934, 1942, 1955, 1960, 1961, 1963, 1966, 1994 y de 2002); la única excepción se dio durante la vigencia de las Constituciones de 1874¹⁰⁴, 1878¹⁰⁵ y 1879¹⁰⁶, con una jurisdicción administrativa extrajudicial, y posterior

⁹² Art. 32.1 de la Constitución de Guatemala de 1839.

⁹³ Art. 100.6 de la Constitución de la República Dominicana de 27 de febrero de 1854.

⁹⁴ Art. 45.6 de la Constitución de la República Dominicana de 10 de diciembre de 1854.

⁹⁵ Art. 87.5 de la Constitución de la República Dominicana de 1865.

⁹⁶ Art. 70.7 de la Constitución de la República Dominicana de 1866.

⁹⁷ Art. 45.6 de la Constitución de la República Dominicana de 1872.

⁹⁸ Art. 67.11 de la Constitución de la República Dominicana de 1880.

⁹⁹ Art. 70.11 de la Constitución de la República Dominicana de 1881.

¹⁰⁰ Art. 69.10 de la Constitución de la República Dominicana de 1887.

¹⁰¹ Art. 134.8 de la Constitución de la República Dominicana de 1884.

¹⁰² Art. 69.10 de la Constitución de la Dominicana de 1896.

¹⁰³ Art. 66.10 de la Constitución de la República Dominicana de 1906.

¹⁰⁴ Art. 71.7 de la Constitución de la República Dominicana de 1874.

¹⁰⁵ Art. 22.8 de la Constitución de la República Dominicana de 1878.

¹⁰⁶ Art. 22.8 de la Constitución de la República Dominicana de 1879.

a la Constitución de 2010¹⁰⁷, con un sistema judicial de jurisdicción dualista.

1.6.6 Jurisdicción judicial monista (períodos intercalados): Nicaragua, Honduras, Ecuador, Panamá, Bolivia

Otro grupo de países inició el periodo de la República con un sistema judicial monista, sin embargo, posteriormente buscaron un modelo de jurisdicción administrativa diferente, retornando al sistema originario: Nicaragua (1884-1939, 1948-1974, 1979), Honduras (1825-1965, 1982), Ecuador (1830-1929, 1992), Panamá (1841-1863, 1904) y Bolivia (1826-1861, 1878) (SERRATE PAZ, 2007. p. 1233).

En Nicaragua, el sistema judicial monista estuvo en vigor en las Constituciones de los años de 1884¹⁰⁸, 1826, 1838, 1842, 1848, 1854, 1898, 1893 (hasta la llegada de la Constitución de 1898), 1905, 1911, 1912, 1913 (hasta la llegada de la Constitución de 1939), 1948, 1950 (hasta la llegada de la Constitución de 1974), 1979, 1987, 1995 (Reforma constitucional, previendo una especialización en lo Contencioso Administrativo en la Corte Suprema)¹⁰⁹ y 2014 (Reforma constitucional, con la creación de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, de competencia de la Corte Suprema)¹¹⁰.

El sistema judicial de jurisdicción única fue el que rigió en las Constituciones de Honduras de 1825, 1831, 1839, 1848, 1865, 1873, 1880, 1894, 1904, 1924, 1936, 1957 y de 1982, las cuales nunca se manifestaron sobre un Contencioso Administrativo; la excepción se dio con la Constitución de 1965, que instituyó un tribunal autónomo al Poder Judicial.¹¹¹

En Ecuador, las Constituciones de 1830, 1835, 1843, 1851, 1852, 1861, 1869, 1878, 1884, 1897 y de 1906 dispusieron de manera genérica sobre el Poder Judicial, sin que se encontraran registros acerca de los órganos estatales responsables para la solución de conflictos administrativos. No quedan dudas acerca de la referida omisión, donde aparecía evidente la voluntad del constituyente en la implantación de un sistema judicial de jurisdicción única para la solución de las cuestiones incluyendo la Administración, el que tuvo vigencia hasta la llegada de la Constitución de 1929.

La Enmienda Constitucional de 1992 previó que lo Contencioso Administrativo se solucionara frente a un órgano judicial que debía definirse por ley y que la Corte Suprema tomara decisiones de cualquier tribunal, lo que se mantiene con la Constitución de 1998¹¹²: restableciendo, en Ecuador, a la luz de la Constitución, el sistema judicial monista. Con la misma orientación, la Constitución de 2008 dispone que los actos del poder público se puedan impugnar en sede administrativa y judicial, y prevé que le sean vedadas al Ejecutivo y al Legislativo funciones jurisdiccionales.¹¹³

En Panamá, el sistema judicial de jurisdicción única prevaleció en el período de 1841 a 1863 (Constituciones de 1841¹¹⁴, 1853 e 1855), de 1904 a 1941 (Constitución de 1904, hasta la llegada de la Constitución de 1941); a partir de la Reforma Constitucional de 1956 (HOYOS, 2005. p. 18),¹¹⁵ la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se indicó como una de las funciones de la Corte Suprema (Constitución de 1972¹¹⁶ y las Reformas de 1983¹¹⁷ y 2004¹¹⁸).

En Bolivia, la jurisdicción administrativa se sujetó a un sistema judicial único durante la mayor parte de

¹⁰⁷ Arts. 164 al 167 de la Constitución de la República Dominicana de 2010.

¹⁰⁸ Constitución en la que se mencionaba que el procedimiento de las causas contra el Ejecutivo sería de acuerdo con la ley (art. 191 de la Constitución de Nicaragua de 1884).

¹⁰⁹ Art. 163 da Reforma de 1995 de la Constitución de Nicaragua.

¹¹⁰ Art. 163 Reforma de 2014 de la Constitución de Nicaragua. Ver, en general, REPÚBLICA DE NICARAGUA. Sala de lo Contencioso Administrativo. Antecedentes y Creación de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Disponible en: [<http://bit.ly/15XqPMX>].

¹¹¹ Art. 210, "c" de la Constitución de Honduras de 1965.

¹¹² Arts. 196 y 197 de la Constitución de Ecuador de 1998.

¹¹³ Arts. 188.3 y 173 de la Constitución de Ecuador de 2008.

¹¹⁴ Art. 109.5 de la Constitución de Panamá de 1841.

¹¹⁵ Acto Legislativo 2, de 24.10.56.

¹¹⁶ Art. 188.2 de la Constitución de Panamá de 1972.

¹¹⁷ Art. 203.2 de la Constitución de Panamá de 1972 (con la Reforma Constitucional de 1983).

¹¹⁸ Art. 206.2 de la Constitución de Panamá de 1972 (con la Reforma Constitucional de 2004).

su historia constitucional. Esto se dio en el transcurso de la vigencia de las Constituciones de 1826, 1831, 1834, 1839, 1843, 1851, 1868, 1878, 1880, 1938, 1945, 1947, 1967, 1994, 2004, 2008 y de 2009. Sólo bajo las Constituciones de 1868 y de 1871 el régimen fue el de la jurisdicción administrativa extrajudicial. En la Constitución de 2004, se cita, expresamente, la unidad judicial del sistema y la función de lo contencioso y lo Contencioso Administrativo se le atribuye a los tribunales, jueces y a la Corte Suprema.¹¹⁹

1.6.7 Jurisdicción monista (actualmente en vigor y con órganos especializados): Chile, Argentina, Venezuela, Paraguay, México, Costa Rica, Perú, El Salvador, Cuba, Bolivia, Brasil, Panamá, Nicaragua, Honduras y Ecuador

En general, en los países que mantuvieron el sistema judicial monista (Chile, Argentina, Venezuela, Paraguay, México, Costa Rica, Perú, El Salvador, Cuba, Bolivia, Brasil, Panamá, Nicaragua, Honduras y Ecuador), éste evolucionó con cierto nivel de especialización, ya sea en las instancias de juicio –primera y segunda instancias– o ya sea frente a la Corte Suprema. Es el ejemplo de Chile, cuya Constitución de 1925¹²⁰ indicó la creación por ley de tribunales administrativos en el ámbito del Poder Judicial, y cuya Constitución de 1980¹²¹ dirigió hacia tribunales instituidos por la ley la calificación de las demandas individuales contra la Administración, a pesar de que, en ambos casos, no haya sido más que una mera intención (no concretada) de la norma constitucional (VERGARA BLANCO, 2005. pp. 159-161).

Se cita, de igual manera, a Argentina, con la justicia administrativa de la Provincia de Buenos Aires, especializada en la primera y segunda instancias (MAIRAL, 1984, pp. 124-126), y Brasil, actualmente con la Justicia Federal, competente para decidir causas de interés de la Unión Federal, los juicios de primera

instancia en la justicia estatal (Juicios de Hacienda Pública y de Deuda Activa) y las salas especializadas en derecho público en la Corte Suprema (Superior Tribunal de Justicia).¹²²

Ejemplos de estas actuaciones es también: Venezuela, con las Constituciones de 1961 y de 1999, previendo que la jurisdicción administrativa sea de competencia de tribunales definidos en la ley (BREWER-CARRÍAS, 1997. pp. 12-14, 19);¹²³ Nicaragua, en los períodos de 1898 a 1905, con los tribunales federales,¹²⁴ de 1948 a 1979, con los tribunales y jueces de la República¹²⁵, y en la Constitución de 1987, con la Reformas de 1995 y de 2014 (Reforma constitucional estableciendo la especialización de lo Contencioso Administrativo en la Corte Suprema)¹²⁶; y Costa Rica, con tribunales administrativos, conforme a la Constitución de 1949 (ROJAS FRANCO, 2008, p. 18).

1.7 Cuadro evolutivo y comparativo de la jurisdicción administrativa independiente en las Constituciones latinoamericanas

A partir de los cuatro modelos de jurisdicción administrativa identificados, el diseño evolutivo en América Latina en los siglos XIX y XX se puede apreciar de la siguiente manera:

¹²² Art. 109 I de la Constitución de Brasil de 1988; art. 9, § 1º del Reglamento Interno del Superior Tribunal de Justicia; arts. 2º, III, § 4º, y 13, III del Regimiento Interno del Tribunal Regional Federal de la 2ª Región; y arts. 44 y 45, III de la Ley de la Organización y División Judiciales del Estado de Rio de Janeiro (Ley estatal 6.956/2015).

¹²³ Art. 206 de la Constitución de Venezuela de 1979, y art. 259 de la Constitución de 1999.

¹²⁴ Art. 128 de la Constitución de Nicaragua de 1898. Los Tribunales Federales de la Constitución de 1898, los cuales van a reaparecer más tarde, con la denominación de Tribunales de la República (de 1948 a 1979), no consisten en una jurisdicción especializada, sino en órganos judiciales competentes para decidir causas de interés federal, a ejemplo de lo que siempre ocurre en el derecho constitucional brasileño a partir de 1891.

¹²⁵ Art. 217 de la Constitución de Nicaragua de 1948, art. 233 de la Constitución de 1950, y art. 311 de la Constitución de 1974.

¹²⁶ Art. 163 de la Constitución de Nicaragua de 1987 (con la Reforma Constitucional de 1995), y art. 163 de la Reforma de 2014.

¹¹⁹ Arts. 116.3 y 118.4 y 7 de la Constitución de Bolivia de 2004.

¹²⁰ Art. 87 de la Constitución de Chile de 1925.

¹²¹ Art. 38.2 de la Constitución de Chile de 1980.

Evolución de la jurisdicción administrativa independiente en las Constituciones latinoamericanas

I. JURISDICCIÓN JUDICIAL

i. Jurisdicción única/monista (órgano o tribunal en una estructura judicial no especializada, con fundamento constitucional)

1811-: Chile

1811-: Argentina

1811-: Venezuela

1813-: Paraguay

1818-: México*

1821-1886: Colombia

1821-: Costa Rica

1823-: Perú

1824-: El Salvador

1824-1927: Guatemala

1825-1965: Honduras

1826-1861: Bolivia

1830-1929: Ecuador

1830-1934: Uruguay

1841-1863: Panamá

1854-1874: República Dominicana

1868-1871: Bolivia

1869-: Cuba

1878-: Bolivia

1880-2010: República Dominicana

1884-1939: Nicaragua

1891-: Brasil

1948-1974: Nicaragua

1956-: Panamá

1979-: Nicaragua

1982-: Honduras

1992-: Ecuador

ii. Jurisdicción dualista (órgano o tribunal en una estructura judicial especializada con fundamento constitucional)

ii.1 Corte suprema única (órgano o tribunal en estructura especializada sujetos a una Corte Suprema de otra estructura)

1939-1948: Nicaragua

1941-1945: Panamá

1979-1992: Ecuador

1945-: Guatemala

1974-1979: Nicaragua

2010-: República Dominicana

ii.2. Corte suprema administrativa (órgano o tribunal y una Corte Suprema en una estructura especializada)

1914- : Colombia

II. JURISDICCIÓN EXTRAJUDICIAL

i. Autónoma (órgano o tribunal en una estructura no judicial, con fundamento constitucional y autónomo con relación a la autoridad impugnada)

1861-1868: Bolivia

1863-1904: Panamá

1871-1878: Bolivia

1874-1880: República Dominicana

1886-1914: Colombia

1927-1945: Guatemala

1929-1979: Ecuador

1934-: Uruguay

1937-: México*

1945-1956: Panamá

ii. Vinculada (órgano o tribunal en una estructura no judicial, con fundamento constitucional, perteneciente a la autoridad impugnada)

III. JURISDICCIÓN HÍBRIDA (EXTRAJUDICIAL E JUDICIAL)

i. Autónoma (órgano o tribunal en una estructura no judicial, con fundamento constitucional y autónomo con relación a la autoridad impugnada, sujeto a un órgano o tribunal judicial)

1965-1982: Honduras

ii. Vinculada (órgano o tribunal en una estructura no judicial, con fundamento constitucional, perteneciente a la autoridad impugnada, sujeto a un órgano o tribunal judicial)

2. Decisiones administrativas precedidas del debido proceso legal

2.1 Señales del debido proceso legal estadounidense en América Latina: Enmiendas Constitucionales V (1791) y XIV (1868)

El predominio del sistema judicial monista no es la única marca de la influencia estadounidense en la justicia administrativa de los países latinoamericanos: la expresión *debido proceso legal*, proveniente de la Enmienda de 1791 a la Constitución de los Estados Unidos de América, se observó en diferentes Constituciones y leyes latinoamericanas a partir de la segunda mitad del siglo XX. Es el caso de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Nicaragua, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

Sin embargo, el debido proceso legal, que en los países de la *common law* se ha invocado como medida previa y constitutiva en las decisiones administrativas restrictivas de derechos individuales,¹²⁷ asume una expresión bastante diferente en América Latina.

La Enmienda V de 1791 de la Constitución de los Estados Unidos disponía:¹²⁸

“...no person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, *nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law*; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.”¹²⁹

¹²⁷ Ver US Supreme Court: *Murray’s Lessee v. Hoboken Land & Improvement Co.* 59 U.S. 272 (1856); *Goldberg v. Kelly*, 397 U.S. 254 (1970). Ver también APA / Administrative Procedure Act (5 U.S.C. Subchapter II). Disponible en: [http://1.usa.gov/1xXIIdYG].

¹²⁸ Constitution of The United States. Constitution Amendment V. The U.S. National Archives and Records Administration. Disponible en: [http://1.usa.gov/1bA2RpE].

¹²⁹ Antes de la Constitución de 1787, leyes locales ya preveían reglas semejantes: acts of Connecticut (Revision of 1784, p.

Con análoga orientaciones, la Enmienda XIV de 1868, Sección 1:

[...] No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; *nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law*; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.¹³⁰

2.2 Origen del due process of law: Carta Magna de 1215, Liberty of Subject Act (28 Edward 3) de 1354, Observance of Due Process of Law Act (42 Edward 3) de 1368

Éstas tienen raíces en el art. 39 de la Carta Magna de 1215 cuyo mayor legado es la regla del juicio que precede a su ejecución¹³¹:

No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of *his rights or possessions*, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful *judgment* of his equals or by the law of the land.¹³²

198), of Pennsylvania, 1782 (2 Laws of Penn. 13); of South Carolina, 1788 (5 Stats. of S.C. 55); New York, 1788 (1 Jones & Varick’s Laws, 34); ver también 1 Henning’s Stats. of Virginia, 319, 343; 12 *ibid.* 562; Laws of Vermont (1797, 1800), 340.

¹³⁰ Constitution of The United States. Constitution Amendment XIV. The U.S. National Archives and Records Administration. Disponible en: [http://1.usa.gov/JIDkjF].

¹³¹ Traducción disponible en la The British Library Board. Disponible en: [http://bit.ly/1zrb39q]. Texto original en latín: “Nullus liber homo capiatur vel imprisonetur, aut disseisiat, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruat, nec super eum ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae”.

¹³² Sobre el origen de la Enmienda 5 de 1791 en la Carta Magna, ver *Murray’s Lessee v. Hoboken Land & Improvement Co.* 59 U.S. 272 (1856). Ver además McKechnie (1914, p. 377).

La expresión *due process of law* surge por primera vez en el *Liberty of Subject Act (28 Edward 3)*, de 1354, *in verbis*: “No man of what estate or condition that he be, shall be put out of land or tenement, nor taken, nor imprisoned, nor disinherited, nor put to death, without being brought in answer by due process of the law”.¹³³ Posteriormente, en 1368, vuelve a aparecer en el *Observance of Due Process of Law Act (42 Edward 3)*:

At the request of the Commons by their petitions put forth in this Parliament, to eschew the mischiefs and damages done to divers of his Commons by false accusers, which often times have made their accusations more for revenge and singular benefit than for the profit of the King, or of his people, which accused persons, some have been taken and caused to come before the King’s council by writ, and otherwise upon grievous pain against the law, it is assented and accorded, for the good governance of the Commons, that no man be put to answer without presentment before justices or matter of record or by *due process* and writ original, according to the old law of the land; and if any thing from henceforth be done to the contrary, it shall be void in the law, and holden for error.¹³⁴

2.3 Right to a *fair trial* en el escenario internacional¹³⁵

El *due process of law*, desde el punto de vista procedimental (*procesal*), en su genuina concepción de la *common law*, nunca encontró una correspondencia exacta en el derecho europeo continental, tampoco en el orden jurídico internacional y regional. Se suele

¹³³ Liberty of Subject Act (28 Edward 3). The National Archives. Disponible en: [http://bit.ly/1D64lnh]. Sobre el asunto, ver Stimson (1908. p. 32).

¹³⁴ Observance of due Process of Law (1368). The National Archives. Disponible en: [http://bit.ly/1C1jCsy].

¹³⁵ Declaración de Derechos Humanos de 1789, Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, Convención Europea de Derechos Humanos de 1950, Pacto Internacional relativo a los Derechos Civiles y Políticos de 1966, Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos de 1981, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000, Convención Americana de Derechos Humanos de 1969.

confundir, inclusive, con la tutela judicial efectiva o el *right to a fair trial* (GOZAÍNI, 2002; GARCIA PINO & CONTRERAS VASQUEZ, 2013, pp. 229-282; MARINONI & MITIDIERO, 2012, p. 615).

La Declaración de los Derechos Humanos de 1789 tuvo enorme transcendencia sobre el derecho público europeo continental; sin embargo, no obstante que su origen pueda asociarse a la Declaración de las colonias estadounidenses (JELLINEK, 1901. pp. 2-7, 13-21), lo cierto es que ésta no consagró el debido proceso legal previo y se limitó, en su art. 7º, a disponer sobre la reserva de la ley como condición previa a la prisión,¹³⁶ al contrario de lo que expresa el art. 12 de la Declaración de Massachusetts de 1780, que se extendía a la prohibición a la restricción de bienes sin que hubiese un juicio previo.¹³⁷

En el mismo sentido de la Declaración francesa de 1789, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), el juicio previo como condición clara a los efectos de una actuación estatal restrictiva de derechos individuales se prevé sólo en lo que dice respecto a las acusaciones criminales. Sobre otros asuntos, la Declaración de 1948 se refiere a una justa defensa para determinar los derechos y deberes de los individuos, lo que equivale a decir derecho a una protección judicial con miras a la solución de un conflicto.¹³⁸

¹³⁶ “Nul ne peut être homme accusé, arrêté, ni détenu que dans les cas déterminés par la loi et selon les formes qu’elle a prescrites. Ceux qui sollicitent, qui, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires, doivent être punis; Mais tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la loi doit obéir à l’instant; il se rend coupable par sa résistance.”

¹³⁷ “No subject shall be held to answer for any crimes or no offence until the same is fully and plainly, substantially and formally, described to him; or be compelled to accuse, or furnish evidence against himself; and every subject shall have a right to produce all proofs that may be favorable to him; to meet the witnesses against him face to face, and to be fully heard in his defence by himself, or his counsel at his election. And no subject shall be arrested, imprisoned, despoiled, or deprived of his property, immunities, or privileges, put out of the protection of the law, exiled or deprived of his life, liberty, or estate, but by the judgment of his peers, or the law of the land.”

¹³⁸ Art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (Everyone is entitled in full equality to a fair and public hearing by an independent and impartial

Es ésta la perspectiva que prevalece en las convenciones internacionales posteriores sobre lo que, en la *common law*, originalmente se consideraba *procedural due process of law*. Sí, literalmente en la Constitución estadounidense, se consideraba la jurisdicción (juicio justo) una medida necesariamente previa a las decisiones estatales restrictivas de derechos individuales de cualquier naturaleza (acusación penal, limitación de la propiedad etc.), en el ámbito de las normas internacionales, con una discreta pero significativa alteración en la redacción, solamente las acusaciones penales se sujetan a una jurisdicción previa.¹³⁹

El hecho de que las normas internacionales se refieran genéricamente a la “determinación” (apreciación) de causas, con el fin de someterlas a un tribunal independiente e imparcial, no implica la imposición de una jurisdicción necesariamente previa a decisiones administrativas restrictivas de derechos individuales.

En la Convención Europea de Derechos Humanos (1950), está previsto que:

“...cualquier persona tiene derecho a que su causa sea examinada, equitativa y públicamente, en un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, el cual decidirá ya sea sobre la determinación de sus derechos y obligaciones de carácter civil, ya sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella.”¹⁴⁰

tribunal, in the determination of his rights and obligations and of any criminal charge against him).

¹³⁹ El principio *audi et alteram partem* es considerado un principio de la *common law*, de justicia natural y fundamental en el derecho penal, el cual se extendió, posteriormente, a las sanciones administrativas disciplinarias en la Europa continental, que él conoció con las Decisiones Téry (Conseil d’État, 20.6.1913, S. Téry. Disponible en: [http://bit.ly/1Kw6kWd]), y con el Tribunal Administrativo de Sajonia (SächsOVG, Entscheidung Vom, 24.10.1908, Jahrb. Bd. 13 S. 97). Sin embargo, en el Reino Unido, desde el siglo XVIII, el derecho de defensa en la fase administrativa se daba por medio de un “proceso cuasi judicial”, al contrario de lo que sucedía con los procedimientos administrativos en la Europa continental, que fueron menos eficaces que los procesos judiciales (SANDULLI, 2007. pp. 111, 113, 132).

¹⁴⁰ Art. 6.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950: “In the determination of his civil rights and

En el Pacto Internacional relativo a los Derechos Civiles y Políticos (1966),

“...toda persona tendrá el derecho de ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por ley, en el proceso de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o en la determinación de sus derechos y obligaciones de carácter civil.”¹⁴¹

La Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos (1981) sostiene una orientación en el sentido de que “toda persona tiene el derecho a que su causa sea respetada”.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000) prevé que “toda persona cuyos derechos y libertades que estén garantizados por los derechos de la Unión y hayan sido violados tiene derecho a iniciar una acción frente a un tribunal”, y que:

“...toda persona tiene derecho a que su causa sea juzgada de forma equitativa, públicamente y en plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, previamente establecido por ley. Toda persona tiene la posibilidad de hacerse

obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law.”

¹⁴¹ Art. 14: “All persons shall be equal before the courts and tribunals. In the determination of any criminal charge against him, or of his rights and obligations in a suit at law, everyone shall be entitled to a fair and public hearing by a competent, independent and impartial tribunal established by law. The press and the public may be excluded from all or part of a trial for reasons of morals, public order (ordre public) or national security in a democratic society, or when the interest of the private lives of the parties so requires, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice; but any judgement rendered in a criminal case or in a suit at law shall be made public except where the interest of juvenile persons otherwise requires or the proceedings concern matrimonial disputes or the guardianship of children.”

aconsejar, defender y representar durante un juicio.¹⁴²

Finalmente, la Convención Americana de los Derechos Humanos (1969), en su art. 8º, sobre las *Garantías judiciales*, dispone:

“...toda persona tendrá el derecho de ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o Tribunal competente, independiente e imparcial, establecido anteriormente por ley, en el proceso de cualquier acusación penal formulada contra ella, o en la determinación de sus derechos y obligaciones de carácter civil, laboral, fiscal o de cualquier otra naturaleza.”¹⁴³

Efectivamente, la redacción del art. 8.1 de la Convención Americana acompaña la tendencia internacional y se distancia de la concepción originaria de la *common law* acerca del *due process of law* como una medida necesariamente previa a cualquier actuación pública restrictiva de derechos individuales, limitándose, a acusaciones penales.

2.4 El debido proceso legal administrativo en las Constituciones y leyes latinoamericanas

En los últimos años, diferentes normas constitucionales latinoamericanas pasaron a hacer referencia, de manera genérica, al debido proceso legal, las cuales, generalmente, lo conciben como inherente no sólo a actuaciones judiciales sino también a actuaciones administrativas, aparentemente persiguiendo el espíritu de las Enmiendas estadounidenses de 1791 y de 1868.

El art. 29 de la Constitución de Colombia de 1991 prescribe que “el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”; en el art. 50 de la Constitución del Brasil de 1988, se lee que “nadie será privado de la libertad o de sus

bienes sin el debido proceso legal” (inciso LIV), y “a los litigantes, en proceso judicial o administrativo, y a los acusados en general se les garantiza el debido proceso, con los medios y recursos a ellos inherentes” (inciso LV).

El art. 49 de la Constitución de Venezuela de 1999 prevé que “el debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas [...]”; en la República Dominicana, el art. 69 de la Constitución de 2010 versa sobre la “tutela judicial efectiva y el debido proceso [...]” y el inciso 10 determina que “las normas del debido proceso se aplicarán a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”.

En el art. 34 de la Constitución de Nicaragua de 1995, se determina que:

“...toda persona en un proceso tiene derecho, en igualdad de condiciones al debido proceso y a la tutela judicial efectiva y, como parte de ellas, a las siguientes garantías mínimas... Las garantías mínimas establecidas en el debido proceso y en la tutela judicial efectiva en este artículo son aplicables a los procesos administrativos y judiciales”.

En Ecuador, el art. 23.27 de la Constitución de 1998 dispone que “las garantías mínimas establecidas en el debido proceso y en la tutela judicial efectiva en este artículo son aplicables a los procesos administrativos y judiciales”; en la Constitución de 2008, en el art. 169, se prescribe que:

“El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades”.

El art. 76 de la Constitución de 2008, a su vez, dispone que:

En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 1.

¹⁴² Art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Disponible en: [http://bit.ly/1J7m67z].

¹⁴³ Art. 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Disponible en [http://bit.ly/QpuP0v].

Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.

A continuación, trataremos acerca de los países que establecen genéricamente el debido proceso legal. La Constitución mexicana de 1917, en su art. 18, dispone “en todos los procedimientos seguidos a los adolescentes se observará la garantía del debido proceso legal”; Bolivia, con la Constitución de 2008, art. 115 II, determina que “el Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y *sin dilaciones*”; Chile, con el art. 19 de la Constitución de 1980, prevé que:

“...toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”.

El art. 139 de la Constitución de 1993 de Perú trata acerca de “la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional [...]”; y, finalmente, en Guatemala, el art. 53 de la Constitución de 1965 incluye la previsión genérica de que nadie puede ser privado de sus bienes sin el debido proceso legal; y, en el art. 12 de la actual Constitución de 1985, dispone sobre el debido proceso legal de la siguiente manera:

“...derecho de defensa: la defensa de la persona y de sus derechos son inviolables. Nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin que haya sido citado, oído o condenado en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido”.

En el plano legislativo, Argentina merece citarse, con la Ley 19.549/72 (Ley de procedimientos administrativos), que dispone, en el art. 1º “f”, que es derecho del interesado el debido proceso adjetivo en los procedimientos administrativos; y Uruguay, con el art. 5º de la Ley de procedimientos administrativos, según la cual los interesados en el procedimiento administrativo gozarán de todos los derechos y garantías inherentes al debido proceso.

2.5 Jurisprudencia de las Cortes Europea e Interamericana de Derechos Humanos: independencia e imparcialidad en los procesos administrativos no judiciales y el debido proceso legal previo

De hecho, existen muchos puntos en común entre el *procedural due process of law*, en la forma en que evolucionó en EE.UU., y el *right to a fair trial* de la Convención Europea de Derechos Humanos, en especial el hecho de que ambos sirvieran al proceso administrativos, como originalmente lo previó el derecho constitucional americano.

A propósito, respecto a la controversia sobre el alcance de la expresión derechos y obligaciones de carácter civil con relación a los conflictos de derecho administrativo, contenida en el art. 6.1 de la Convención de Derechos Humanos, la Corte Europea interpreta esta cláusula como obligatoria no solamente para los tribunales judiciales:

“...nada prohíbe a calificar como ‘tribunal’ a un órgano nacional concreto, que no depende del Poder Judicial nacional, tal como recoge en el test del asunto Vilho Eskelinen. El órgano administrativo o parlamentario puede ser considerado un ‘tribunal’ en el sentido sustantivo del término, lo que permite aplicar el artículo 6 aplicable a los litigios de los funcionarios públicos que examina. La conclusión relativa a la aplicabilidad del artículo 6 lo es, sin embargo, sin perjuicio de la cuestión de cómo se cumplieron en dicho procedimiento las garantías procesales”.¹⁴⁴

La Corte Interamericana sigue la misma orientación de la Corte Europea, al interpretar que la expresión Garantías judiciales, contenida en el Título del art. 8 de la Convención Americana, no impide que otros órganos estatales desvinculados del Poder Judicial

¹⁴⁴ Corte Europea de Derechos Humanos. Sentencia Olekasandr Volkov v. Ukraine. Estrasburgo: 30 mayo 2013. Disponible en: [http://bit.ly/1J2UjHc]. En el mismo sentido (como paradigma): Sentencia Vilho Eskelinen v. Finlandia. Estrasburgo: 19 abr. 2007. Disponible en: [http://bit.ly/1CwgcKK]. Ver CHAPUS (2006, pp. 136-138); BARTOLE (2012, p. 176); BARRETO (2010, p. 150).

ejerzan actos materialmente jurisdiccionales y que, en esta tarea, observen las garantías del debido proceso legal.¹⁴⁵

Al examinar una decisión del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Uruguay, la Corte Interamericana señaló que:

“...ha sido muy específica y puntual al establecer que ciertos componentes de las garantías necesarias para asegurar un debido proceso son aplicables también al ámbito no judicial en un contexto en el que pudieran estar en discusión aspectos relevantes para los derechos de las personas. Así, la Corte ha entendido en su jurisprudencia previa que las características de imparcialidad e independencia [...] deben regir a todo órgano encargado de determinar derechos y obligaciones de las personas. En este sentido, [...] no solo deben corresponder a los órganos estrictamente jurisdiccionales, sino que las disposiciones del artículo 8.1 de la Convención se aplican también a las decisiones de órganos administrativos.”¹⁴⁶

Mientras tanto, existe una característica del debido proceso legal, concebido en 1792, incompatible con el derecho a un proceso efectivo, tal como lo interpreta la Corte Europea, y que es de gran importancia para la comprensión del actual momento de la justicia administrativa en América Latina: el carácter previo del *procedural due process of law*. No constituye la tradición del derecho europeo continental, tampoco del derecho administrativo latinoamericano, la existencia de un proceso a cargo de las autoridades administrativas independientes o *cuasi judiciales* y que sea regularmente previo al inicio de la eficacia de las decisiones administrativas (ASIMOW, 2015, pp. 3-32).

De esta manera, se hace necesario un debate, en el actual momento del derecho europeo continental, a

fin de que se discuta si el debido proceso legal debe ser considerado parte integrante de las actuaciones administrativas que restringen derechos individuales (decisiones administrativas iniciales) o se deben integrar sólo las decisiones (judiciales o extrajudiciales) que solucionan conflictos sobre actuaciones restrictivas concretas o en vías de ser así.

Según la jurisprudencia de la Corte Europea, si hubiera previsión (en la legislación interna) de los medios de impugnación frente a una decisión administrativa, deben ellos sujetarse a las reglas del art. 6.1 de la Convención; por lo tanto, en ausencia de estos medios, se aplica la Convención sólo en la etapa de recursos, lo que es una demostración de que el proceso previo no es una condición *sine qua non* al surgimiento de las decisiones administrativas y si el recurso se da frente al Poder Judicial, es innecesaria la independencia de la autoridad administrativa decisoria.

En estos términos, el derecho a un proceso justo implica un medio de impugnación y no un elemento constitutivo de la decisión administrativa. La diferencia práctica no es poca: en cuanto bajo el régimen del *right to a fair trial* la decisión administrativa impugnada solamente deja de surtir efectos *ab initio* en el caso de *periculum in mora e fumus boni iuris* (cuya demostración es un gravamen para el interesado) frente a una medida cautelar, bajo el régimen del *due process of law* sólo después de la conclusión del proceso previo inician los efectos de la decisión administrativa, y la excepción a esta regla depende del *periculum in mora* y del *fumus boni iuris* al contrario, esto es, en cuanto el otro debe fijarlo la autoridad administrativa¹⁴⁷.

2.6 Diferencias entre el proceso administrativo judicial, el proceso administrativo no judicial y el procedimiento administrativo

No deja de ser una retórica la doctrina latinoamericana que considera el debido procedimiento administrativo previo una condición *sine qua non* a la formación

¹⁴⁵ Caso Tribunal Constitucional vs. Perú, Sentencia del 31 de enero de 2001. 01. Serie C No. 142. Disponible en: [http://bit.ly/1DRxvXe].

¹⁴⁶ Caso Vélez Lóor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párr. 108. Disponible en: [http://bit.ly/1D9AWKS].

¹⁴⁷ Ver North American Cold Storage Co. v. Chicago, 211 U.S. 306 (1908). Disponible en: [http://bit.ly/1zKKSYL].

de las decisiones administrativas restrictivas de los derechos individuales.¹⁴⁸ Esto porque, desde el uso de la expresión procedimiento administrativo hasta la pretendida imparcialidad sin independencia de las autoridades, tales medidas casi nunca corresponden a la realidad¹⁴⁹.

A finales del siglo XIX, en la medida en que, la jurisdicción administrativa se confundía con el poder de la autotutela administrativa, los conflictos administrativos los juzgaba la misma administración,¹⁵⁰ aún la expresión proceso administrativo no podía utilizarse fuera del ámbito del Ejecutivo; tal vez, si se quiere, en el ámbito del Ejecutivo, sólo para el caso en que éste no fuera capaz de instituir órganos dotados de independencia para solucionar los conflictos.

El proceso es inherente a la jurisdicción, y ambos no prescinden de un manejo independiente con relación a las partes interesadas en el conflicto (BÜLOW, 1868, pp. 1-12). Nos remontamos al art. 39 de la Carta Magna de 1215 la preocupación de los jueces por no mantener independencia frente al monarca; no se conciben jueces que se juzguen a sí mismos.

La independencia no sólo fue la generadora en el surgimiento de la justicia administrativa del siglo XIX y en la evolución del propio derecho

administrativo, hoy es considerada, como el elemento indisociable de la función jurisdiccional y consta expresamente de diferentes normas nacionales e internacionales, tal como la Convención Europea de Derechos Humanos (art. 6.1) y la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 8.1).

Por lo tanto, es posible deducir que, en el período en el que no se concebía una jurisdicción administrativa independiente a la administración, la expresión proceso administrativo era inexistente. Sería más apropiado rotular de procedimiento administrativo la manifestación de voluntad de la Administración que implica al ciudadano, denominación que más se acomoda a comportamientos administrativos *interna corporis*, o a comportamientos que no pongan en riesgo derechos o intereses individuales.

Al ganar independencia frente a la Administración, la jurisdicción administrativa tiende a desplazarse del Ejecutivo, y, de la misma manera, el proceso (administrativo) a ella correspondiente. Tratándose de una jurisdicción administrativa frente al Poder Judicial, a la expresión proceso administrativo debe ampliarse con el término *judicial*: proceso administrativo judicial.

Sin embargo, no siempre la jurisdicción se encuentra en lo judicial, como, por ejemplo, en el sistema de jurisdicción administrativa extrajudicial (*justice déléguée*) actualmente existente en Uruguay y México. De conformidad con Monroy, “el dilema de la jurisdicción no es quién la ejerce o personifica, sino fundamentalmente qué es” (MONROY GÁLVEZ, 2009. p. 419). De hecho, para asegurar la independencia de la jurisdicción, basta que ésta se desprenda de una autoridad implicada en el conflicto y no, necesariamente, del Ejecutivo, como en EE.UU., mediante la *administrative agency* y sus *administrative judges*, donde se busca un *procedural due process of law* frente al Ejecutivo.¹⁵¹

¹⁴⁸ Sobre el consenso de la doctrina latinoamericana acerca de la aplicación del debido proceso, ver GORDILLO (2004, p. 284); BREWER-CARÍAS (2003, p. 262); JINESTA (2013, pp. 581-611); LIMA (2014). El Código Modelo de los Procesos Administrativos –Judicial y Extrajudicial– para Ibero-América dispone sobre el debido proceso legal para los procesos judiciales [art. 37] e implícitamente para los procesos extrajudiciales [arts. 6 e 7]; se considera proceso administrativo, sometido a las garantías del contradictorio y de amplia defensa, todo y cualquier procedimiento destinado a preparar decisiones administrativas que puedan incidir sobre intereses o derechos de los interesados, así como todo y cualquier procedimiento en que se configure una controversia entre la Administración y el interesado, o entre personas físicas o personas jurídicas de Derecho Público o Privado, cuya solución pueda provenir de la Administración [art. 3] (GRINOVER; PERLINGEIRO et al., 2012, pp. 360-383).

¹⁴⁹ Sobre la falta de independencia y la consecuente falta de imparcialidad de las autoridades en el proceso sancionador, ver FERRAZ & DALLARI (2007, p. 138).

¹⁵⁰ Ver ítem 1.2, especialmente la nota 45, e ítem 1.3 de este texto.

¹⁵¹ Este modelo adversarial hearing/combined function/limited judicial review, en que las autoridades administrativas decisorias pertenecen al Poder Ejecutivo (ASIMOW, 2015, pp. 3-32), no encontró resonancia en América Latina, que conoció un sistema de jurisdicción híbrida, en Honduras, en el período comprendido entre 1965 a 1982, donde el tribunal administrativo

De todas formas, en este caso, será correcta la expresión proceso administrativo en cuanto dice respecto a una jurisdicción administrativa extrajudicial y, para diferenciarla de un proceso, también efectivo, dirigido por autoridades judiciales, se reconoce la denominación proceso administrativo no judicial (o extrajudicial).

No le es insólito al orden jurídico el asociar el proceso administrativo a situaciones en las que no hay una jurisdicción independiente, o mejor, cuando están ausentes las garantías de un debido proceso legal (*fair trial*); y viceversa: se denomina procedimiento administrativo en situaciones en las que hay una jurisdicción independiente.¹⁵²

En la legislación brasileña,¹⁵³ la expresión proceso administrativo se utiliza para caracterizar procedimientos, en la medida en que los procesos, en la práctica, son, por regla, conducidos por organismos o autoridades administrativas sin prerrogativas para una actuación con independencia efectiva;¹⁵⁴ las Constituciones y leyes latinoamericanas que prevén el debido proceso legal lo hacen incluyendo, igualmente, en un declarado procedimiento administrativo.

En Europa continental, se utiliza la expresión proceso administrativo para referirse a los tribunales judiciales o a un proceso que transcurre frente a una autoridad independiente, autónoma al Poder Judicial: se entiende como procedimiento administrativo aquel que se desarrolla frente a una instancia no acompañada de una jurisdicción independiente.

era autónomo con relación al Poder Judicial y al Poder Ejecutivo.

¹⁵² Segundo Manuel María Díez, “algunos autores usan los términos proceso y procedimiento como sinónimos. Esta posición es insostenible, ya que no se pueden identificar ambas instituciones ignorando el problema que presentan” (ABERASTURY & CILURZO, 1998. p. 17).

¹⁵³ Ley n° 9.784/98 (Ley del proceso administrativo federal). Disponible en: [http://bit.ly/1A1BFyK].

¹⁵⁴ Sobre algunos obstáculos constitucionales en Brasil para crear agencias administrativas verdaderamente independientes (BUENO, 2001, p. 75).

2.7 El debido proceso legal administrativo previo a las decisiones de la Administración en América Latina

La tradición europea tiene más peso de lo que el espíritu de las normas sobre el debido proceso legal en el derecho administrativo de América Latina, donde prevalece un sistema de jurisdicción única y es común que los tribunales solucionen la ausencia del debido proceso legal previo mediante una revisión judicial amplia en que haya observancia sobre las mismas garantías.¹⁵⁵ En la práctica, se agota la lógica del debido proceso legal en el ámbito administrativo.

Es más, la realidad de las administraciones latinoamericanas no es compatible con una perspectiva de autoridades independientes o casi independientes. Los pocos ejemplos se sitúan en el área del acceso a la información oficial, mediante el respaldo de la *Model Inter-American law on access to Public Information*,¹⁵⁶ como en México, con el Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos;¹⁵⁷ en Chile, con el Consejo de Transparencia;¹⁵⁸ en Honduras, con el Instituto de Comisarios;¹⁵⁹ y en El Salvador, con el Instituto de Acceso a la Información Pública.¹⁶⁰

¹⁵⁵ Ver TRF2, AC 2003.51.03.002508-3, Rel. Des. Fed. Aluisio Mendes: “[...] no obstante la sentencia y la decisión agravada haya reconocido la ocurrencia de irregularidades en el acto administrativo que incrementó la pensión en favor de la compañera, puesto que no se notificó a la viuda, tal irregularidad quedó plenamente superada al pasar por el filtro del Poder Judicial, dejando de existir el impedimento, para la convalidación de dicho acto” (disponible en: [http://bit.ly/1q7mSOy]).

¹⁵⁶ ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (OEA). Sesión plenaria 4, AG/RES. 2607 (XL-0/10) Model Inter-American law on access to Public Information. Washington, 8 junio de 2010. Disponible en: [http://bit.ly/1yloGVK].

¹⁵⁷ Art. 33 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental de 2002. Disponible en: [http://bit.ly/1urvPE8].

¹⁵⁸ Art. 31 de la Ley n° 20.285/2008 (Ley sobre el Acceso a la Información Pública). Disponible en: [http://bit.ly/1zbuZ0o].

¹⁵⁹ Art. 8 del Decreto Legislativo n° 170/2006 (Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública). Disponible en: [http://bit.ly/1yWl09H].

¹⁶⁰ Arts. 51 al 60 del Decreto n° 534/2011 (Ley de Acceso a la Información Pública). Disponible en: [http://bit.ly/1KCHYbf].

La frontera clásica entre las funciones administrativas y las funciones jurisdiccionales, según Monroy,

“...está dada por el efecto primario y el secundario que producen respectivamente en el ámbito de las relaciones sociales. La actividad administrativa es primaria en tanto está prevista para ser cumplida de manera inmediata y directa respecto de los ciudadanos; en cambio, la actividad jurisdiccional es secundaria, es decir, sólo se presenta cuando las normas jurídicas, previstas para ser cumplidas espontáneamente –entre ellas, las normas administrativas– son rechazadas e su actuación por los ciudadanos y es necesario un mecanismo que asegure voluntaria o forzosamente su eficacia o cumplimiento” (MONROY GÁLVEZ, 2009, p. 418).

De aquí surge la resistencia para admitir la *primary jurisdiction*, esto es, una jurisdicción previa a la decisión administrativa y, especialmente, como parte integrante de ésta.

No altera este planteamiento la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que, a ejemplo de la Corte Europea, impone a las causas administrativas en el seno de la Administración un proceso efectivo con un tribunal independiente.¹⁶¹ Esto, porque la jurisdicción a la que se refiere en los precedentes, a pesar de su naturaleza extrajudicial, no hace parte, necesariamente, del contenido de la decisión administrativa inicial y sirve principalmente a eventuales conflictos que de ella resulten; es decir, la jurisprudencia de las Cortes Europeas e Interamericana dice respecto a los órganos no judiciales, como el Consejo de Estado francés o el Tribunal de lo Contencioso Administrativo uruguayo, que no se asemejan a una Administración con actuaciones primarias.¹⁶²

¹⁶¹ Ver precedentes constantes de la nota 180.

¹⁶² La Corte Europea ha considerado compatible con la Convención los Consejos de Estado que, no perteneciendo al Poder Judicial, ejerzan funciones jurisdiccionales administrativas, siendo suficiente que las funciones consultivas no se concentren en los magistrados de lo contencioso (Procola c. Luxembourg rendu par la Cour le 28 septembre 1995; Kley et autres c. Pays-Bas rendu par la

Es así cómo, en lo que concierne al procedimiento previo a las decisiones administrativas restrictivas, la Corte Interamericana decidió que:

“...las garantías contempladas en el artículo 8.1 de la Convención son también aplicables al supuesto en que alguna autoridad pública adopte decisiones que determinen tales derechos¹⁶³, tomando en cuenta que no le son exigibles aquellas propias de un órgano jurisdiccional, pero sí debe cumplir con aquellas garantías destinadas a asegurar que la decisión no sea arbitraria”¹⁶⁴.

En la literatura hispanoamericana, se prefiere la expresión debido procedimiento legal para diferenciarlo del debido proceso legal, éste es inherente sólo a un proceso judicial o a un proceso frente a una instancia independiente. Sin embargo, además de confundirlo con el *procedural due process of law* (en contradicción con el *substantive due process of law*), no enfrenta la esencia de la cuestión: ¿es o no una jurisdicción (independiente) inherente a una decisión administrativa inicial?

No cabe duda de que la jurisdicción independiente no es una función exclusiva del Poder Judicial; la puede ejercer el Ejecutivo. Sería mera suposición imaginar que el debate aquí propuesto vuelve al pasado, donde se admitía un Poder Judicial para cuestiones de derecho privado y un Ejecutivo para cuestiones de derecho público (decidiendo también los conflictos), en aquella época no se consideraba un órgano decisorio administrativo independiente.

Por lo tanto, es el momento de definir el tema central del presente capítulo: el carácter previo

Cour le 6 mai 2003. Disponible en: [<http://bit.ly/1DVyklU>]. (BARTOLE, 2012, p. 176).

¹⁶³ Ver Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párrafo 71. Disponible en: [<http://bit.ly/1DrxvXe>]; Caso Yatama Vs. Nicaragua, párrafo 149. Disponible en: [<http://bit.ly/1iW2yHU>]; y Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile, párrafo 119. Disponible en: [<http://bit.ly/1Kw8J39>].

¹⁶⁴ Ver Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile, supra nota 208, párrafo 119. Disponible en: [<http://bit.ly/1Kw8J39>].

que se impone a la observancia del debido proceso legal en los comportamientos de la Administración, como lo expresa el derecho constitucional y administrativo norteamericano (PIERCE, 2004, p. 231),¹⁶⁵ y en las leyes y constituciones latinoamericanas, a pesar de la ausencia de correspondencia entre la Convención Interamericana de Derechos Humanos y la Convención Europea de Derechos Humanos.

¿Es el debido proceso legal, mediante jurisdicción, un elemento necesario a la formación de una decisión administrativa restrictiva de un derecho individual en el derecho latinoamericano?

Realmente, de acuerdo con lo que se dice literalmente en gran parte de la legislación vigente en América Latina, lo que se impone es que la decisión administrativa nazca del fruto de un proceso efectivo, o sea, que los efectos de una decisión administrativa estén condicionados a la observancia previa de las garantías del debido proceso legal. Ésta es la *mens legis*.

En este contexto, si el Estado proporciona y no propicia la jurisdicción previa mediante un proceso administrativo extrajudicial, con la observancia de las garantías de un *fair trial*, la consecuencia lógica será la de que sea un proceso judicial el que ocupe esta función y sirva de instrumento previo al inicio de los efectos de una decisión administrativa restrictiva de derechos individuales, lo que, a su vez, lleva a resultados indeseables, como consta en la introducción de este estudio: una judicialización exacerbada, agravada por un sistema judicial monista en la que el juez no detenta ninguna especialización (aun cuando existan órganos especializados, puntualmente en el sistema monista, el juez no está formado en una carrera especializada).

No procede el argumento de que, a falta de un proceso administrativo extrajudicial previo, la cláusula del *due process of law* será atendida si al interesado afectado le sea asegurado un medio judicial de impugnación, excepto si este medio judicial de impugnación implica automáticamente (sin condicionamiento) la suspensión de los

efectos de la decisión administrativa cuestionada, e igualmente, que implique un juicio de valor de conocimiento exhaustivo; sólo de esta manera se tendrá el equivalente a un proceso judicial previo a la decisión administrativa restrictiva.¹⁶⁶

En otras palabras, sobre las decisiones administrativas proferidas en virtud de una solicitud del interesado, hoy ha sido considerada una facultad de éste el agotar los recursos en la vía administrativa extrajudicial o valerse directamente del proceso judicial.¹⁶⁷ Efectivamente, esta facultad no corresponde a una adecuada organización estatal, entonces, o el recurso administrativo extrajudicial es insuperable, o debe ser descartado.

Por otro lado, y en una perspectiva más rígida, al afirmar que es necesario el recurso administrativo previo, bajo el fundamento de que es exclusividad de las autoridades la oportunidad de rever sus decisiones (PERLINGEIRO; CAPITANT et al., 2008, p. 262), es confundir el poder de auto tutela en la concepción del siglo XIX con la solución de causas administrativas en la concepción actual. Lo indispensable en el proceso previo (recurso administrativo extrajudicial) es que debe ser proporcional a su efectividad y, consecuentemente, a los límites cognitivos de una eventual y posterior revisión judicial.¹⁶⁸

Por lo tanto una de dos: o el proceso se instaura por iniciativa del interesado contra una decisión denegatoria de un pedido, encerrando un proceso efectivo y conducido por autoridades independientes, o este se torna en una figura meramente decorativa y debe ser descartado. Sin embargo, como en la situación anterior (instauración de oficio), si de un recurso

¹⁶⁵ Sobre el carácter esencialmente jurisdiccional del proceso administrativo preparatorio de decisiones administrativas en EE.UU., ver MEDAUAR (2008, p. 83).

¹⁶⁶ Sobre el efecto suspensivo automático de las decisiones administrativas, mediante la interposición de una acción judicial, ver el art. 47 del Código Modelo euro-americano de Jurisdicción Administrativa (PERLINGEIRO & SOMMERMANN, 2014).

¹⁶⁷ Art. 32 del Código modelo euro-americano de jurisdicción administrativa.

¹⁶⁸ Sobre el alcance de la jurisdicción administrativa judicial, como resultado proporcional de la efectividad de las decisiones administrativas previas, ver, en general, PERLINGEIRO (2015, pp. 293-331); y ASIMOW (2015, pp. 3-32).

administrativo extrajudicial en fase de recurso resulta una nueva decisión y ésta es desfavorable, se deberá reconsiderar el alcance –intensidad– del control judicial aplicable, bajo la pena de dar lugar a una duplicidad de jurisdicciones.

Inducir a una indeseable duplicidad de jurisdicciones, es adoptar un debido proceso legal previo a la decisión administrativa y, al mismo tiempo, mantener un sistema judicial de jurisdicción administrativa (monista o dualista) o una jurisdicción extrajudicial con amplios poderes de cognición (cognición exhaustiva) y *a posteriori* a la decisión administrativa (ASIMOW, 2015; MAIRAL, 1984, p. 714; GONZÁLEZ GARCÍA, 1996. p. 37). La alternativa parece inclinarse hacia el modelo del *judicial review* norteamericano: un sistema de jurisdicción administrativa híbrida.

CONCLUSIONES

La evolución histórica de la jurisdicción administrativa en Europa a partir del siglo XIX nos hace ver que es la independencia el factor preponderante de su existencia, relegando, a un segundo plano, la localización en la que está situada dentro de la estructura del Estado: sea en el Poder Judicial, o en el Ejecutivo, compartido por ambos, o frente a entes autónomos con relación al Poder Judicial o al Ejecutivo.

La jurisdicción administrativa actualmente se concibe como inherente a un proceso justo, y no se confunde con comportamientos primarios de la Administración, entendidos como los meramente ejecutivos, a veces emanados de procedimientos administrativos.

Partiendo de estas premisas, la conexión entre la organización estatal de la jurisdicción administrativa (extrajudicial, judicial o híbrida; monista o dualista) y la naturaleza de los medios de elaboración de las decisiones administrativas restrictivas de derechos e intereses individuales (procesal o procedimental), es donde reside el fundamento para la formación de un modelo de justicia administrativa.

Efectivamente, el alcance y la intensidad de la jurisdicción administrativa es proporcional al nivel de especialización de los órganos estatales que la

ejercen, y cuanto mayor sea el alcance y la intensidad de la jurisdicción anterior a la formación de la decisión administrativa (control previo), menor será el papel de los órganos destinados a una jurisdicción *a posteriori* (control posterior); y viceversa: parece tan indeseable la duplicidad de jurisdicción como la ausencia de jurisdicción.

De este modo, se ha de escudriñar ¿en qué momento se debe concentrar la jurisdicción administrativa: en el control previo o en el control posterior a la formación de la decisión administrativa?

En el actual orden jurídico de los países latinoamericanos, se despliega el proceso justo como inherente a la formación de las decisiones administrativas, adoptando expresamente el *due process of law*; es más, desde el siglo XIX, el sistema judicial de jurisdicción única es lo que predomina en el territorio latinoamericano.

Por ejemplo, de los países vinculados al *common law*, lo natural es imaginar, en América Latina, una jurisdicción administrativa extrajudicial, previa y fortalecida (*primary jurisdiction*), al lado de una jurisdicción judicial no especializada y propensa a respetar las decisiones administrativas.

En la práctica, sin embargo, sucede lo contrario: no existe un proceso administrativo o una jurisdicción propiamente dicha, previo a la decisión administrativa; y el Poder Judicial, sin una estructura jurisdiccional administrativa autónoma, intenta especializarse puntualmente.

La influencia estadounidense en el modelo latinoamericano de justicia administrativa parece ceder a la tradición europea continental.

En este contexto, con una realidad divorciada de la legislación vigente, se indaga hacia dónde camina la jurisdicción administrativa latinoamericana. ¿Cómo interpretar el cuadro histórico-evolutivo de la justicia administrativa en sus 200 años de existencia y de extraer una perspectiva?

Con posterioridad a la influencia constitucional norteamericana respecto del sistema judicial único, a inicios del siglo XIX, y del *due process of law* administrativo y procedimental, a finales del siglo

XX, Iberoamérica, naturalmente orientada por el *civil law*, prosiguió vinculada a la cultura del derecho administrativo europeo continental.

Sin embargo, las transformaciones del derecho administrativo en los Estados europeos no estuvo acompañados por América Latina, lo que acarreo una laguna en su justicia administrativa, que la persigue hasta el día de hoy.

Mientras que en Europa de la primera mitad del siglo XIX se discutía sobre una jurisdicción administrativa desprendida de la Administración, inclusive de las manos de un Poder Judicial especializado, en América Latina, las Constituciones de la época ni siquiera abordaban el asunto, limitándose a crear un Poder Judicial que juzgaba “contenciosos administrativos” tanto los que eran juzgados en Europa del siglo XVIII, esto es, limitado, en la práctica, a lo que hoy se consideraría como “conflictos de derecho privado”, en la medida en que, en el siglo XVIII, la concepción de los actos de gobierno inmunes a la jurisdicción era demasiado extensa.

La evolución de la jurisdicción administrativa en Europa se descubre poco a poco y de diferentes formas en América Latina; sólo a partir de finales del siglo XIX, surgen tímidas experiencias con un sistema de jurisdicción especializada, en algunos países vinculados al Poder Judicial y, en otros, de él y del Ejecutivo separados. Actualmente este sistema se encuentra presente sólo en cinco países: Guatemala, República Dominicana, Colombia, Uruguay y México.

La gran mayoría de los países latinoamericanos adoptan el sistema judicial único, que a pesar de ser inherente a la *common law*, no fue por ellos fácilmente asimilado y poco avanzó en la dirección de las innovaciones que el derecho administrativo estadounidense presentó a finales del siglo XIX: con autoridades administrativas capaces de conducir un proceso efectivo como condición previa a la elaboración de decisiones administrativas, que tienden a desafiar al Poder Judicial sólo en caso de ser contrarias a la ley y a la razonabilidad.

A propósito, la falta de especialización y la constante deferencia del Poder Judicial en favor de las autoridades administrativas en los Estados Unidos, fueron

compensadas por una creciente efectividad del *due process of law* en una esfera no judicial y previa a la formación de las decisiones administrativas (*primary jurisdiction*).

Sólo a finales del siglo XX, con la redemocratización de América Latina, es cuando el Poder Judicial pasa a ejercer un control más intenso de la actuación administrativa, inclusive sobre sus poderes discrecionales, e, igualmente, se abre paso la especialización de algunos órganos judiciales en el área del derecho administrativo.

Entre tanto, la sobrecarga de los tribunales judiciales es la señal más evidente de que el sistema falló.

Las especializaciones puntuales –típicas del sistema judicial monista– no se han mostrado en grado de evitar la tendencia de los jueces de realzar las conductas administrativas, o –cuando excepcionalmente se muestran más osados– de apartar la desconfianza de la jurisdicción que las autoridades administrativas suscitan, como abuso de poder, carácter cuestionable de las decisiones judiciales.

Es más, en América Latina no siempre los empleados públicos investidos en funciones de autoridad detentan conocimientos jurídicos y, la mayoría de veces, acumulan las atribuciones investigativas con las decisorias, en el ámbito de los procedimientos administrativos que traen como resultado decisiones restrictivas de intereses particulares.

De hecho, con el fortalecimiento de que la legalidad administrativa debe alcanzar la constitucionalidad y la convencionalidad de las decisiones administrativas, hoy impregnada en la doctrina latinoamericana y en la europea continental y, además, impulsada por la jurisprudencia de la Corte Europea e Interamericana de Derechos Humanos, se exige de las autoridades públicas un alto grado de cualificación jurídica, más allá de cierta dosis de independencia para decir.

Igualmente, es necesario comprender que los efectos de las decisiones administrativas sobre intereses de los particulares, guiados por la observancia a los derechos fundamentales, sea el resultado de un proceso justo, en el que las autoridades decisorias no deban ser confundidas con las autoridades ejecutivas.

En este contexto, es inevitable pensar en una jurisdicción administrativa que sea realizada en dos momentos distintos, previos y posteriores a la elaboración de la decisión administrativa, compatibilizando la necesidad de observancia del Estado de Derecho por todas las instituciones públicas y de garantizar la tutela judicial efectiva, ésta no necesariamente por las manos del Poder Judicial.

Sin otras alternativas, este es, actualmente, el camino que debe seguir la jurisdicción administrativa en América Latina.

El panorama normativo constitucional y legislativo latinoamericano es contundente en el sentido de que la jurisdicción administrativa debe estar a cargo de un Poder Judicial sin una estructura especializada (exceptuando los cinco países ya mencionados), teniendo claro en qué medida es el *due process of law* un elemento constitutivo de las decisiones administrativas restrictivas de derechos individuales.

Por lo tanto, es imperativo solicitar una urgente reforma del Estado, dotándolo de una estructura capaz de conducir procesos jurisdiccionales previos, mediante funcionarios públicos con formación jurídica y autoridades administrativas independientes, imparciales y especializadas.

Proyectando un Estado debidamente estructurado de manera que se pueda concretar una jurisdicción previa (*primary jurisdiction*) a la elaboración de las decisiones administrativas, el control jurisdiccional *a posteriori* dejará de ser el único y los intereses individuales serán mejor protegidos, porque los ciudadanos sólo sufrirán los efectos de una decisión desfavorable después de haber contado con la oportunidad de defensa en un proceso justo.

Si hoy el sistema jurídico europeo continental convive con procedimientos previos a la decisión administrativa y con una jurisdicción administrativa predominantemente *a posteriori*, es porque su cultura permite que las autoridades, a pesar de no estar dotadas de independencia, actúen con altos niveles de imparcialidad.

Esto no se puede decir de América Latina, donde sería conveniente repartir la jurisdicción, trasladando

parte de ella hacia una fase no judicial y previa a la formación de la decisión administrativa.

La tendencia del modelo de justicia administrativa latinoamericano es la de valerse de la experiencia europea, sin que haya sido capaz de continuar a retroalimentarse de ella, porque, paradójicamente en América Latina, actualmente esto implicaría garantías insuficientes para los individuos.

El modelo latinoamericano es un modelo tendiente a la transición, en busca de la implementación del *due process of law* administrativo, consagrado en sus Constituciones y leyes, e inherente al sistema judicial único vigente hace 200 años.

Tal organización es, en fin, un modelo que tiende a aproximarse al sistema jurisdiccional híbrido norteamericano, vivenciado por Honduras en los años 60 y 80, pero que a este no se asemeja totalmente, porque la experiencia latinoamericana con la jurisdicción extrajudicial está dirigida hacia los órganos o tribunales autónomos al Ejecutivo, como sucedió en Bolivia, Panamá, República Dominicana, Colombia, Guatemala, Ecuador y Uruguay en los siglos XIX y XX; es, por lo tanto, un modelo que tiende a una identidad propia.

REFERENCIAS

- ABERASTURY, Pedro; CILURZO, María Rosa (1998). *Curso de procedimiento administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- ASIMOW, Michael (2015). Five Models of Administrative Adjudication. *American Journal of Comparative Law*, v. 63, pp. 3-32. Disponible en: [<http://bit.ly/1yp8y4i>].
- ÁVILA RICCI, Francisco Miguel (1997). *Nueva Constitución nacional desde la historiografía institucional argentina*. Salta: Cobas.
- BARRETO, Ireneu Cabral (2010). *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem* anotada. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora.
- BARTOLE, Sergio; DE SENA, Pasquale; ZAGREBELSKY, Vladimiro (2012). *Commentario breve alla Convenzione Europea per la salvaguardia*

- dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali*. Milano: CEDAM.
- BLAUSTEIN, Albert P. (2004). The U.S. Constitution: Americas most important export. U.S. Department of State, *IIP Digital*, abr. Disponible en: [<http://1.usa.gov/1M23Wbm>].
- BREWER-CARRÍAS, Allan R. (1997). *Instituciones políticas y constitucionales*. v. 7. La justicia contencioso administrativo. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.
- BREWER-CARRÍAS, Allan R. (2003). *Principios del procedimiento administrativo en América Latina*. Bogotá: Legis.
- BUENO, Vera Scarpinella (2001). El debido proceso legal y la Administración Pública en el derecho administrativo norteamericano: una breve comparación con el caso brasileño. En: FIGUEIREDO, Lucia Valle (Org.). *Devido processo legal na Administração Pública*. São Paulo: Max Limonad.
- BÜLOW, Oskar von (1868). *Die Lehre von den Processenreden und den Processvoraussetzungen*. Giesen: Emil Roth. Disponible en: [<http://bit.ly/1yENZRx>].
- CANE, Peter. *Administrative law*. 5. ed. New York: Press.
- CASSAGNE, J. C. (2009). *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*. Madrid: Marcial Pons.
- CASTILLO VELASCO, José María del (1875). *Ensayo sobre el derecho administrativo mexicano*. v. 2. México: Castillo Velasco e Hijos.
- CASTRO, Augusto Olympio Viveiros de (1914). *Tratado de sciencia da Administração e direito administrativo*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão (1938). *Instituições de direito administrativo brasileiro*. v. 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos.
- CHAPUS, René (2006). *Droit du contentieux administratif*. 12. ed. Paris: Montchrestien.
- CHASE PLATE, Luis Enrique (2007). La justicia constitucional y la justicia administrativa. En: HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor. *Derecho administrativo iberoamericano*. v. 2. Caracas: Ediciones Paredes.
- CONGLETON, Roger D. (2010). *Early Spanish Liberalism and Constitutional Political Economy: The Cádiz Constitution of 1812*. pp. 18-19. Disponible en: [<http://bit.ly/1AoA4Qi>].
- CONSEJO NACIONAL DE JUSTICIA –CNJ–. *Justicia en números: 2013* [año base 2012]. Brasilia: CNJ. Disponible en: [<http://bit.ly/1DsN7mk>].
- CONSEJO NACIONAL DE JUSTICIA –CNJ–. *Justicia en números: 2014* [año base 2013]. Brasilia: CNJ.
- DIAS, Francisco Mauro (1979). Contencioso administrativo en los estados para cuestiones de las personas. *Congreso Nacional de Procuradores del Estado*, 8. Rio de Janeiro: Procuraduría General del Estado de Rio de Janeiro, Anais.
- DUARTE, Fernanda (2005). A execução é uma questão de justiça? *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, v. 13 pp. 45-58.
- DURÁN MARTÍNEZ, Augusto (2007). *Contencioso administrativo*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- ERDELYI, M. F. (2007). Propuesta de ejecución fiscal de Hacienda es objeto de críticas. *Revista Consultor Jurídico*, nov. Disponible en: [<http://bit.ly/1zjO61Y>].
- FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge (2005). Panorama general del derecho administrativo mexicano. En: GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑNEZ, Santiago. *El derecho administrativo iberoamericano*. Granada: INAP.
- FERNÁNDEZ TORRES, Juan R. (2007). La pugna entre la Administración y los tribunales ordinarios como rasgo sobresaliente del primer constitucionalismo español. En: *Historia legal de la jurisdicción contencioso administrativa: 1845-1998*. Madrid: Iustel.
- FERRAZ, S.; DALLARI, A. (2007). *Proceso administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros.
- FIX-ZAMUDO, Héctor (1991). *Tres instituciones francesas revolucionarias y el derecho constitucional mexicano*. México DF: UNAM.

- FONTESTAD PORTALÉS, Leticia (2006). La jurisdicción contencioso administrativa en España. *Revista CEJ*, Brasília, n. 34, p. 62-72, jul. /sept.
- FROMONT, Michel (2006). *Droit administratif des États européens*. Paris: PUF.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1995) *Democracia, jueces y control de la Administración*. Madrid: Civitas.
- GARCIA PINO, Gonzalo; CONTRERAS VASQUEZ, Pablo (2013). El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno. *Estudios constitucionales* [online], v.11, n.2, pp. 229-282. Disponible en: [http://bit.ly/1ylnJN7].
- GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias (1994). *Da justiça administrativa em Portugal: su origen y evolución*. Lisboa: Universidad Católica Editora.
- GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V. (1996). *El alcance del control judicial de las Administraciones Públicas en los Estados Unidos de América*. Madrid: McGraw-Hill.
- GORDILLO, Agustín (2004). *Tratado de derecho administrativo*. t. 2. México: Porrúa.
- GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo (2002). El debido proceso constitucional: reglas para el control de los poderes desde la magistratura constitucional. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n. 7. Disponible en: [http://bit.ly/1AGM25f].
- GRINOVER, Ada Pellegrini. O contencioso administrativo na Emenda 7/77. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, v. 10, pp. 247 y ss.
- HOYOS, Arturo (2005). *El derecho contencioso administrativo en Panamá (1903-2005): una introducción histórica de derecho comparado y jurisprudencial*. Panamá: Sistemas Jurídicos.
- HUAPAYA TAPIA, Ramón A. (2006). *Tratado del proceso contencioso administrativo*. Lima: Jurista Editores.
- JELLINEK, Georg (1901). *The Declaration of the Rights of Man and of Citizens: A Contribution to Modern Constitutional History*. New York: Henry Holt and Co., 1901. pp. 2-7, 13-21. Disponible en: [http://oll.libertyfund.org/titles/1176].
- JINESTA, Ernesto (2013). Debido proceso en la sede administrativa. En: *Derecho Administrativo en el Siglo XXI*. v. 1. Lima: Adrus Editores, pp. 581-611. Disponible en: [http://www.ernestojinesta.com].
- LARES, Teodosio (1852). *Lecciones de derecho administrativo*. México: Imprenta de Ignacio Cumplido.
- LONGHI, Luis R. (1945). *Génesis e historia del derecho constitucional argentino y comparado*. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina.
- LÓPEZ ROSAS, José Rafael (1970). *Historia constitucional argentina*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea.
- MAIRAL, Héctor A. (1984). *Control judicial de la Administración Pública*. v. 2. Buenos Aires: Depalma.
- MARGÁIN MANAUTOU, Emilio (2004). *De lo contencioso administrativo: de anulación o de ilegitimidad*. México: Porrúa.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (2012). Direitos fundamentais processuais. En: SARLET, Ingo Wolfgang et. al. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: RT.
- MAYER, Otto (1982). *Derecho administrativo alemán*. t. 1. Buenos Aires: Depalma, 1982. p. 3-5. Traducción a partir de la versión francesa, por Horacio H. Heredia et al. (HEREDIA, Horacio H. et al. (1904) *Le droit administratif allemand*. Paris: Brière).
- MCKECHNIE, William Sharp (1914). *Magna Carta: A Commentary on the Great Charter of King John, with an Historical Introduction*. Glasgow: Maclehose.
- MEDAUAR, Odete (2008). *A processualidade no direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros.
- MONROY GÁLVEZ, Juan F. (2009). *Teoría general del proceso*. Lima: Communitas.
- NAPOLITANO, Giulio (2007). I grandi sistema del diritto amministrativo. En: CASSESE, Sabino. *Corso di diritto amministrativo*. v. 4. Diritto amministrativo comparato. Milano: Giuffrè.
- PERLINGEIRO, Ricardo (1998). *Execução contra a Fazenda Pública*. São Paulo: Malheiros.
- PERLINGEIRO, Ricardo (2015). O devido processo legal administrativo e a tutela judicial efetiva: um novo olhar? *Revista de Processo*, v. 239.

- PERLINGEIRO, Ricardo; CAPITANT, David et al. (2008). Principes fondamentaux et règles générales de la juridiction administrative. *Revista de Processo*, v. 163, Rio de Janeiro, p. 262. Disponible en SSRN: [http://ssrn.com/abstract=2252882].
- PERLINGEIRO, Ricardo; SOMMERMANN, Karl-Peter (2014). *Euro-American Model Code of Administrative Jurisdiction: English, French, German, Italian, Portuguese and Spanish Versions*. Niterói: Editora da UFF, jul. Disponible en: SSRN: [http://ssrn.com/abstract=2441582].
- PIERCE, Richard J. et al. (2004). *Administrative law and process*. 4 ed. New York: Press.
- RIVERO, Jean (2004). *Curso de derecho administrativo*. São Paulo: RT. Traducción de J. Cretella Jr.
- ROJAS FRANCO, Enrique (2008). *Comentarios al código procesal contencioso administrativo*. San José: Editorama.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro (2006). *Constituciones iberoamericanas: Argentina*. México D.F.: UNAM.
- SERRATE PAZ, José Mario (2007). Análisis y evaluación del proyecto de ley del proceso contencioso administrativo en Bolivia. En: HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor. *Derecho administrativo iberoamericano*. v. 2. Caracas: Ediciones Paredes.
- SOMMERMANN, K.P. (2009). El desarrollo de la jurisdicción administrativa alemana en el contexto europeo, en: PERLINGEIRO, R. et al. *Código de jurisdicción administrativa: el modelo alemán - Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO)*. Rio de Janeiro: Renovar.
- SOMMERMANN, Karl-Peter; SCHAFFARZIK, Bert (2015). *Handbuch der Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Europa*. Heidelberg: Springer. Disponible on line en: [http://amzn.to/1DQNIBX].
- STIMSON, Frederic Jesup (1908). *The law of the federal and state constitutions of the United States: with an historical study of their principles, a chronological table of English social legislation, and a comparative digest of the constitutions of the forty-six states*. Boston: Boston Book Co., p. 32. Disponible en: [http://bit.ly/1EItENh].
- UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE (2008). Núcleo de Ciencias del Poder Judicial. *Projeto Académico del Programa de Pos Grados Justicia Administrativa - PPGJA/UFF*. Niterói. Disponible en: [http://bit.ly/1A1xFy4].
- URUGUAI, Visconde do (1862). *Ensaio do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional.
- VALADÉS, Diego (2006). Introducción histórica: proceso constitucional argentino. En: SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Constituciones iberoamericanas: Argentina*. México D.F.: UNAM, p. 4. Disponible en: [http://bit.ly/1B088oB].
- VARGAS LIMA, Alan E. (2014). *Desarrollo jurisprudencial de la Ley de Procedimiento Administrativo en Bolivia*. La Paz. Disponible en: [http://bit.ly/150BMf7].
- VASCONCELLOS, M. de (2012). Los Ministros del STJ son contrarios a la ejecución fiscal sin juez. *Revista Consultor Jurídico*, jun. Disponible en: [http://bit.ly/1DsMY2u].
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2005). Panorama general del derecho administrativo chileno. En: GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. *El derecho administrativo iberoamericano*. Granada: INAP.
- ZILLER, Jacques (1993). *Administrations comparées: les systèmes politico-administratifs de l'Europe des Douze*. Paris: Montchrestien.