

# LA INFLUENCIA DEL DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO EUROPEO (FRANCIA, ALEMANIA Y ESPAÑA) EN AMERICA LATINA CON ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO ADMINISTRATIVO ARGENTINO

Por Pedro Aberastury

## 1. Introducción

El Derecho administrativo constituye un derecho nuevo si se lo compara con el Derecho civil. Como disciplina autónoma del derecho, en cuanto reglamenta las funciones a cargo del estado, su origen se remonta a la Revolución Francesa de 1789, conforme lo sostiene García de Enterría en cuanto extiende a todo el Derecho Público contemporáneo los principios revolucionarios franceses<sup>1</sup>. Sin embargo, no puede dejarse de mencionar que, como revolución liberal burguesa, esta reaccionó contra los principios conservadores que se encontraban principalmente asentados en la justicia por lo que, ya desde un primer momento, estos revolucionarios tuvieron en miras el evitar que los principios liberales burgueses fueran aplacados por los conservadores; es decir, propiciaron desde un primer momento que la justicia no controlara a la administración para aventar el riesgo de vulnerar los principios revolucionarios.

---

<sup>1</sup> García de Enterría, Eduardo, Derecho Público y Justicia Administrativa, en El Poder Judicial en el Bicentenario de la Revolución Francesa, Centro de Estudios Judiciales, Madrid,1990, pág.54.

*Procedimiento y justicia administrativa en América Latina*

Es por ello que se dicta la ley francesa del 16-24 de agosto de 1790 que propugnó la separación de poderes, conforme las enseñanzas de Montesquieu en el *Espíritu de las Leyes*, en cuanto el destino del hombre se vería perdido si uno solo creara la ley, la aplicara y la ejecutara<sup>2</sup> entendiendo esta división de poderes de tal forma que el juez no podía inmiscuirse en los cuerpos administrativos ni citar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones al establecer la citada norma que: “*los jueces no podrán, bajo pena de prevaricación, perturbar de la manera que sea, las operaciones de los cuerpos administrativos, ni citar ante ellos a los administradores por razón de su función*”<sup>3</sup>.

A partir de esta norma, resultó natural y necesario que se creara un sistema de control de la actividad de la administración, mas aún cuando todo este esquema se centró en el pasaje del sometimiento al monarca al sometimiento a una norma primigenia, y ello llevó como resultado el establecimiento de lo que hubo de llamarse Estado de Derecho.

El cambio, por tanto, se produjo reemplazando el poder omnímodo del monarca por el sometimiento a la norma por parte de toda la comunidad, incluido el poder político. La autoridad no se derivará más del Rey sino del Pueblo y esta nueva concepción es lo que marcará el nacimiento del Derecho administrativo vinculado con el surgimiento de la Revolución Francesa.

La Declaración Universal de los Derechos del Hombre, que propugna la igualdad y la fraternidad y la división de poderes, es el principio de nuestra disciplina; no es que no existieran con anterioridad distintas sistematizaciones del estado como tal, donde encontramos al Derecho administrativo como una disciplina no diferenciadas del denominado Derecho constitucional, sino de lo que se trata es que en el Estado de Derecho nos encontramos con el sometimiento del Estado, como un todo, a la norma fundamental.

Los principios generales del derecho, que son aplicables al Derecho administrativo, se afianzarán en la medida que la ciencia del derecho permita o reconozca que esta disciplina no sólo dispone la sujeción del

<sup>2</sup> *Espíritu de las leyes*, Cap 6, del libro XI.

<sup>3</sup> Traducción del autor.

*La influencia del derecho procesal administrativo europeo (Francia, Alemania y España) en América Latina con especial referencia al derecho administrativo argentino - Pedro Aberastury*

Estado al orden jurídico sino que tutela el control de los poderes del Estado que se ejercen sobre los individuos, en un todo de acuerdo con el ordenamiento constitucional de que se trate. El control del ejercicio de tales poderes, por parte de órganos independientes, constituye la médula del sistema y la existencia de un proceso contencioso administrativo, donde exista paridad de armas entre el particular y el Estado, constituye la garantía del ejercicio de este Derecho a la Tutela.

No obstante quien sea el órgano de aplicación, “puede afirmarse que la evolución del Derecho administrativo se caracterizó por la extensión de la tutela judicial y, correlativamente, por la acentuación de los caracteres jurisdiccionales del contencioso administrativo”<sup>4</sup>. Por ello se considera que el Derecho administrativo debe su existencia a la posibilidad de controlar los actos del ejecutivo; según el sistema de que se trate nos encontraremos ante un sistema mas o menos eficaz pero el mismo se asentará, lógicamente, en la evolución de la comunidad como tal; siempre se encontrarán criterios similares en cuanto a la finalidad de este control: otorgar al particular las seguridades jurídicas suficientes para el caso que deba enfrentarse con la administración.

## 2. El control jurisdiccional de la administración

El nacimiento del control de la administración, a través de una vía jurisdiccional estructurada, lo podemos ubicar en Francia a través de la creación del Consejo de Estado por la Constitución del año VIII (1800). En efecto, Napoleón creó el Consejo de Estado en base al antiguo Consejo del Rey pero, al no tener poder de decisión propio, actuará proponiendo una decisión y será el Ejecutivo quien *retenga* la posibilidad de decidir. Posteriormente, se pasará al sistema de jurisdicción *delegada*, con la ley del 24 de mayo de 1872, que reconoce y traspassa al Consejo de Estado estos poderes de decisión<sup>5</sup>.

Sin embargo, hasta el *Arrêt Cadot*, del 13 de diciembre de 1889, las decisiones en relación a la jurisdicción delegada eran dubitativas pues se consideraba que la competencia atribuida al Consejo de Estado debía serlo por ley expresa. A partir de este caso, se entendió que cualquier

<sup>4</sup> Marín, Carmen Chinchilla, Reflexiones en torno a la polémica sobre el origen del derecho administrativo cit., pág. 39.

<sup>5</sup> *García De Enterría*, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, ed. Civitas, 2ª ed., Madrid, 1982, T. II, pág. 483.

*Procedimiento y justicia administrativa en América Latina*

litigio podía ser llevado ante el Consejo por lo que se reconoció al Consejo de Estado el carácter de juez de derecho común en primer y último lugar en tales asuntos<sup>6</sup>.

Similar proceso lo encontramos en España ya que, con las leyes del 2 de abril y 6 de julio de 1845, se crean Consejos Provinciales con jurisdicción *delegada* y un Consejo Real con jurisdicción *retenida* por lo que podemos sostener que existe un cierto paralelismo entre el sistema francés y el español pero este último, tempranamente, se diferenciará por el espíritu revisor del Consejo de Estado francés a través del ejercicio del llamado recurso de exceso de poder.

En España, la ley del 13 de septiembre de 1888, llamada Santamaría de Paredes, armonizó los criterios anteriormente irreductibles llegando a un sistema mixto asignando a los nuevos órganos creados el resolver en forma definitiva los litigios planteados y abandonando el sistema de la jurisdicción *retenida*. Este sistema estableció que el acto recurrido debía previamente encontrarse en condiciones de *causar estado*, es decir, haberse agotado la instancia administrativa, sólo revisar la actividad reglada y no así la discrecional y que se tratara de la lesión a un derecho subjetivo, estableciendo que la ejecución de las sentencias firmes se encontraba reservada a la discreción del Gobierno. Esta situación terminó de perfilarse con la sanción de la llamada Ley Maura, del 5 de abril de 1904, que creó una Sala Contencioso Administrativa en el Tribunal Supremo, superando la diferenciación anteriormente existente con la ordinaria<sup>7</sup>.

En Alemania, a partir de 1875, la justicia administrativa se convirtió en una jurisdicción especializada conforme el modelo Prusiano y este sistema se generalizó a todos los Länder, durante la República de Weimar (1919); destacándose que este sistema se extendió a nivel federal, a través del dictado de la Ley Fundamental de 1949 y se consagró con el dictado de la Ley de la Justicia Administrativa (VwGO) de 1960, en cuanto su art. 1º estableció: “La Justicia Administrativa es ejercida por tribunales independientes, separados de las autoridades administrativas”.

<sup>6</sup> Long, M., Weil P., Braibant G. Les Grands Arrêts de la jurisprudence Administrative, Paris, Sirey, 1965, pág. 26.

<sup>7</sup> Aberastury, Pedro, La justicia Administrativa, Buenos Aires, ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, pág. 5.

*La influencia del derecho procesal administrativo europeo (Francia, Alemania y España) en América Latina con especial referencia al derecho administrativo argentino - Pedro Aberastury*

Conforme a estos sistemas, como pone de relieve Capitant, la distinción más importante entre estos modelos radica en que el Consejo de Estado francés ha conservado su función primitiva de consejero de gobierno, que ejerce paralelamente a su función contenciosa, conforme al sistema que se aplica en los Países Bajos, Bélgica, Italia o en Grecia. “En ciertos casos, la consulta al Consejo de Estado es obligatoria porque la Constitución o un texto de naturaleza legal o reglamentaria así lo determinan. Especialmente se trata de los casos de proyectos de leyes elaborados por el gobierno, los proyectos de reglamentos decididos en Consejo de Ministros, como así también de numerosos reglamentos administrativos o de decisiones particulares. El Consejo de Estado puede, también, dar opiniones sobre toda cuestión que el gobierno considere oportuna de transmitirle”<sup>8</sup>.

### 3. La independencia del Juzgador

La evolución de estos diferentes sistemas, que en rápido resumen se ha realizado, coloca en el centro de la discusión a la independencia de quien ejerce la función de controlar al Estado, en referencia a los agravios a los derechos que se pueden ocasionar a los particulares.

Nos encontramos con que en Francia, el Consejo de Estado, pertenece orgánicamente a la administración mientras que, en la actualidad, tanto en España como en Alemania, esta función se encuentra asignada a tribunales independientes a la administración.

Ricardo García Macho ha expresado que: “Históricamente en el contencioso-administrativo español la influencia ha procedido del Derecho francés<sup>9</sup>, y ello se manifiesta de forma nítida hasta la anterior Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de 26 de diciembre de 1956. A partir, sin embargo, de la promulgación de la Constitución española de 1978, y de la inclusión en ésta del artículo 24, cuya inspi-

<sup>8</sup> Capitant, David, Punto de vista francés sobre la ley alemana de la Justicia Administrativa (VwGO), en La Ley de la Justicia Administrativa Alemana, Aberastury, Pedro, Coordinador, Buenos Aires, 2009, ed. Abeledo Perrot.

<sup>9</sup> Por todos, sobre el tema en profundidad vid. E. García de Enterría-T.-R. Fernández, “Curso de Derecho Administrativo II”, 11ª ed. Thomson Civitas, Madrid, 2008, pag. 573 y ss y 598 y ss. y J. R. Fernández Torres, “La formación histórica de la jurisdicción contencioso-administrativa (1845-1868)”, ed. Civitas, Madrid, 1998, pag. 360 y ss. En la actual Ley 29/1998, de 13 de julio, la influencia francesa sigue estando presente en su articulado, como no podía ser de otro modo debido a la tradición histórica

*Procedimiento y justicia administrativa en América Latina*

ración en el artículo 19.4 de la ley Fundamental alemana es evidente<sup>10</sup>, se produjo un paulatino influjo de los principios que informan la Ley de la Justicia administrativa alemana de 1960 en el contencioso-administrativo español, lo que se manifiesta en la actual Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, 29/1998, de 13 de julio. El artículo 24 CE y el reconocimiento a nivel constitucional del principio del Estado de Derecho (art.1.1) marcan un antes y un después para la jurisdicción contencioso-administrativa española”<sup>11</sup>.

En efecto, los países a partir de los cuales se realiza esta labor comparativa, son parte de la Comunidad Europea y deben adaptarse al marco de los tratados que la rigen. Así, el artículo 6 § 1, del Convenio Europeo de Derechos Humanos establece que:

“Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella...”

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo, tuvo oportunidad de interpretar la naturaleza imparcial e independiente del Juzgador, con especial referencia al sistema francés, en cuanto al sometimiento funcional del Consejo de Estado a la Administración y por las tareas de asesoramiento que le han sido asignadas constitucional o legalmente.

Sin duda estos vínculos han podido parecer como contrarios a los principios de independencia y de imparcialidad que debe imperar en toda

<sup>10</sup> Sobre el significado del artículo 19.4 de la Ley Fundamental y su influencia sobre el artículo 24 de la Constitución española, véase K.-P. Sommermann, “Die deutsche Verwaltungsgerichtsbarkeit”, 2ª ed. Forschungsinst. für Öffentl. Verwaltung, Speyer, 1991, pag. 11 y ss. (hay una traducción de este trabajo bajo el título “La justicia administrativa alemana”, en La Justicia Administrativa en el Derecho Comparado, coord. J. Barnés Vázquez, ed. Civitas, Madrid, 1993, pag.44 y ss.; J. Barnés Vázquez, “La tutela judicial efectiva en la Constitución alemana”, en La protección jurídica del ciudadano: (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional): Estudios en Homenaje al profesor J. González Pérez, vol.I, coord. L. Martín-Retortillo, ed. Civitas, Madrid, 1993, pág. 431 y ss.; S. González-Varas Ibáñez, “La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania”, ed. Civitas, Madrid, 1993, pág. 88 y ss. y R. Laza y Laza, “La reforma de la jurisdicción contencioso-administrativa: un problema pendiente”, en RAP, nº 141, 1996, pág. 289 y s.

<sup>11</sup> García Macho, Ricardo, Acotaciones a la influencia de la Ley de la Justicia administrativa alemana en la jurisdicción contencioso-administrativa española en La Ley de la Justicia Administrativa Alemana, Aberastury, Pedro, Coordinador, Buenos Aires, 2009, ed. Abeledo Perrot.

*La influencia del derecho procesal administrativo europeo (Francia, Alemania y España) en América Latina con especial referencia al derecho administrativo argentino - Pedro Aberastury*

jurisdicción, pero el Tribunal de Estrasburgo ha tenido oportunidad de decidir sobre el tema. Así, se puede citar el caso Procola c/Luxemburgo, del 29 de septiembre de 1955 donde se hizo lugar a la acción considerando que no se había respetado el principio tomando como argumento principal el hecho que algunos miembros que habían intervenido en la decisión recurrida habían dado, con anterioridad, una opinión consultiva. Sin embargo, tanto en la sentencia Kleyn y otros c. The Netherlands, del 6 de Mayo 2003 como en la sentencia Sacilor-Lormines c/ Francia, del 9 de noviembre de 2006 (Requete 65411/01) se consideró que la garantía de independencia se encontraba resguardada.

En efecto, en esta última, el citado Tribunal estableció los principios por los cuales se puede sostener que un tribunal es independiente a los fines del citado artículo 6 § 1, en el considerando 59, y para que ello suceda es necesario tener en cuenta el proceso de designación, la duración del mandato de sus miembros, la existencia de una protección contra las presiones exteriores y si existe una apariencia de independencia, (*Findlay c. Royaume-Uni*, del 25 de febrero de 1997 y *Brudnicka et autres c. Pologne*, del 3 de marzo de 2005).

Así, se definió a la independencia como la ausencia de un vínculo entre el poder ejecutivo y las autoridades judiciales.

En cuanto a la imparcialidad, consideró que el tema debía analizarse bajo dos aspectos: primeramente es necesario que el tribunal no manifieste subjetivamente ninguna posición ni prejuicio personal y objetivamente debe ser imparcial, ofreciendo garantías suficientes para excluir cualquier duda legítima bajo este aspecto. Es decir, se sostuvo que la noción de independencia e imparcialidad se encuentran estrechamente ligadas y por ello es necesario su examen en forma conjunta. Así, la posición originaria del Consejo de Estado, en la evolución francesa, no es suficiente argumentación para sostener la falta de independencia y la inmovilidad de sus miembros es suficiente garantía para garantizar la autonomía de la decisión ya que el principio de separación de poderes no se trata de una cuestión determinante para resolver la cuestión (*Pabla Ky c. Finlande*, del 22 junio 2004).

En síntesis, en el precedente comentado se sostuvo que la competencia jurisdiccional del Consejo de Estado Francés no constituía una violación al principio establecido en el artículo 6 § 1 de la Convención.

## Procedimiento y justicia administrativa en América Latina

Así, el dictado del decreto del 6 de marzo de 2008, en cuanto produjo modificaciones en la organización del Consejo de Estado francés trajeron el respeto al mencionado precedente en tanto se establece el reemplazo de la persona que ha intervenido, ejerciendo otras funciones en el caso, no puede intervenir en la decisión de los asuntos contenciosos conforme el Código de la Justicia Administrativa en R. 122-21 y 122-21- 1 y 2).

### 4. La tutela judicial efectiva

El artículo 19.4 de la ley Fundamental alemana establece que toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público, puede recurrir a la vía judicial contra todo acto del poder público<sup>12</sup>. Asimismo, el art. 24.1 de la Constitución española de 1978, prevé que toda persona tiene el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

Si a estos preceptos le adicionamos el art. 6.1. del Convenio Europeo de Derechos Humanos podemos considerar que en estos países rige el principio del derecho a la tutela judicial efectiva.

El principio de la tutela judicial efectiva como instrumento de acceso a un tribunal de justicia, independiente e imparcial, constituye un derecho que se encuentra establecido en los ordenamientos constitucionales modernos ya sea expresa o implícitamente reconocido. Podemos conceptualizar a los “derechos” como aquellos que constituyen las libertades públicas aseguradas a los ciudadanos y habitantes<sup>13</sup> y a las “garantías”<sup>14</sup> como todas aquellas herramientas de protección de los derechos y libertades.<sup>15</sup>

<sup>12</sup> Pielow, Johann-Christian, *El acceso a la justicia administrativa en Alemania. Revista Jurídica de Buenos Aires*, 2004. Ed. Lexis Nexis Abeledo-Perrot. Pág. 22.

<sup>13</sup> “Tres categorías de derechos: los derechos de primera generación fueron y continúan siendo los clásicos derechos civiles y políticos y los de tercera generación son los derechos sociales, económicos y culturales y en el siglo XX también se enmarcan dentro de estos últimos al derecho a la paz, a la cultura, a un medio ambiente sano “podrían titularse los derechos colectivos”. Bidart Campos, Germán, *Tratado...cit.*, Tomo I, pág. 322.

<sup>14</sup> “El amparo constituye una “garantía en el mas estricto sentido de la palabra, es decir, como procedimientos específicos para la tutela judicial sumaria y efectiva de los derechos humanos”. Vannoni, Jorge R, *La Constitución Nacional y los Derechos Humanos*, EUDEBA, 1985, pág. 22.

<sup>15</sup> Las Declaraciones pueden comprender Derechos y Garantías. Tal sucede con la abolición de la esclavitud, que importa una declaración, un derecho y una garantía. Los Derechos suelen ser



*La influencia del derecho procesal administrativo europeo (Francia, Alemania y España) en América Latina con especial referencia al derecho administrativo argentino - Pedro Aberastury*

El constitucionalista argentino Joaquín V. Gonzalez señalaba que: “No son, como puede creerse, las “declaraciones”, “derechos y garantías”, simples fórmulas teóricas: cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la nación. Los jueces deben aplicarla en plenitud de su sentido, sin alterar o debilitar con vagas interpretaciones o ambigüedades la expresa significación de su texto. Porque son la defensa personal, el patrimonio inalterable que hace de cada hombre, ciudadano o no, un ser libre e independiente dentro de la nación Argentina”<sup>16</sup>.

Estas declaraciones nacen de la lucha por la independencia y en todas las constituciones escritas se propone la enumeración de los derechos para poder establecer la libertad sobre regímenes despóticos o tiránicos, es “porque quieren sancionar en forma permanente y escrita las conquistas de pasadas luchas”<sup>17</sup>. Pero el problema radica en que la declaración de existencia de un derecho, en una Carta Magna, no es suficiente para posibilitar su real goce.<sup>18</sup> Es necesario que, junto a este derecho, nos encontremos con una garantía, para que ese derecho sea respetado. Más usualmente que en otros lugares, en Latinoamérica nos encontramos con constituciones que declaran derechos pero que el pueblo no tiene acceso a la vigencia de los mismos por la falta de garantías.

Como hemos señalado, para que exista el reconocimiento de este derecho tratado, a su vez, como garantía, es necesario que quien tiene la tarea de dirimir un conflicto entre un particular y el Estado le sea reconocido dos características primordiales: la imparcialidad y la independencia.

Estas han sido conceptualizadas en el fallo del Tribunal de Estrasburgo arriba reseñado, en tanto no importando la característica constitucional que rige a determinado Estado, lo importante es no solo la

---

garantizados”. Antokoletz, Daniel, *Tratado de Derecho Constitucional y Administrativo*, Tomo I, 1933 ed. la Facultad, pág. 215.

<sup>16</sup> Citado en Spota Alberto A., *Ensayo sobre la doble naturaleza jurídica del amparo constitucional*, en *Revista de Derecho Procesal* 4 T.1, pág. 15

<sup>17</sup> Gonzalez, Joaquín V, *Manual de la Constitución Argentina*, pág. 105.

<sup>18</sup> “Ellos son, en primer lugar, derechos jurídicos, ya que están establecidos, o deben estar establecidos, por normas del sistema jurídico. Como se sabe los derechos jurídicos responden a una variada tipología que ha sido distinguida por autores como Hohfeld (Hohfeld, W. N., *Conceptos jurídicos fundamentales*; Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho y del Estado*) a) Hay derechos libertades.... d) hay derechos-acciones que incluyen la posibilidad de accionar frente a algún órgano para hacer cumplir los deberes correlativos”. Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho Constitucional*, ed. Astrea, 1992. cit., pág. 216.

*Procedimiento y justicia administrativa en América Latina*

apariciencia sino que el juzgador tenga las herramientas legales que le permitan soportar las presiones de la Administración ante la decisión de determinado asunto.

Si bien es recomendable, como objetivo, la independencia orgánica del tribunal de justicia administrativa de la administración, en la medida que sus integrantes puedan encontrarse libres de toda intromisión del poder del estado sujeto a su control, nos encontraremos ante un tribunal que preserva el Derecho a la tutela Judicial Efectiva. La existencia del Estado de Derecho requiere un poder judicial independiente y libre de cualquier sospecha de parcialidad.

Así lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina al afirmar que “los constituyentes que han tenido en mira al Poder Judicial, lo han querido liberar de toda presión por parte de otros poderes, para preservar su independencia”<sup>19</sup>. Esta garantía alcanza a las provincias pues la Constitución Nacional prevé que el establecimiento de sus instituciones, el ejercicio de ellas y la elección de sus autoridades, se realicen en consonancia con la norma fundamental y proclama su supremacía sobre las constituciones y leyes locales (artículo 31), imponiéndoles expresamente el deber de asegurar la administración de justicia (artículo 5) y le encomienda a la Corte Suprema de Justicia de la Nación su mantenimiento (artículo 116). Es decir, en toda sociedad libre es requisito que el Poder Judicial sea independiente, esto es, que el juez ejerza su función libre de toda eventualidad y/o intromisión de los otros órganos del Estado y este ejercicio es el que, en definitiva, condicionará el respeto a los derechos reconocidos<sup>20</sup>.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948<sup>21</sup>, prevé en su Artículo 8 que:

“Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”.

Esta evolución de las características que debe contener una justicia administrativa para que conforme al derecho a la tutela judicial efecti-

<sup>19</sup> Fallos: 314:760 y 314:881.

<sup>20</sup> Aberastury, Pedro, *La justicia Administrativa*, cit. pág. 45.

<sup>21</sup> A.G. res. 217 A (III), ONU Doc. A/810 p. 71(1948).

*La influencia del derecho procesal administrativo europeo (Francia, Alemania y España) en América Latina con especial referencia al derecho administrativo argentino - Pedro Aberastury*

va la encontramos en los Tratados de Derechos Humanos de los cuales han sido parte la mayoría de los países latinoamericanos. Así, lo encontramos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>22</sup>, que entrara en vigor 23 de marzo de 1976, en su Artículo 2<sup>23</sup>.

Asimismo, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre<sup>24</sup>, en el Artículo XVIII concibió al Derecho de Justicia de la siguiente forma:

“Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

Asimismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>25</sup> dispuso la Protección Judicial”, en su artículo<sup>26</sup>.

<sup>22</sup> A.G. res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (No. 16) p. 52, ONU Doc. A/6316 (1966), 999 U.N.T.S. 1711 entrada.

<sup>23</sup> El mismo establece: Art. 2: “1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.

3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:

a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;

b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial;

c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

<sup>24</sup> OAS Res. Xxx, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana (1948), reimpresso en Documentos Básicos Concernientes a los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano, OEA/Ser.L.V/IL82 doc.6 rev.1 p. 17 (1992).

<sup>25</sup> Serie sobre Tratados, OEA, No. 36,1144, Serie sobre Tratados de la ONU, 123 entrada en vigor 18 de julio de 1978, reimpresso en Documentos Básicos Concernientes a los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano, OEA/Ser.L.V/II.82 doc.6.rev.1 p. 25 (1992).

<sup>26</sup> El art. 25 expresa: “1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que la ampare contra actos que

*Procedimiento y justicia administrativa en América Latina*

De lo expuesto, cabe colegir que los ordenamientos latinoamericanos que son suscriptores de los mismos se corresponden con las características que prevalecen en el derecho europeo y, mas particularmente, en los países en los cuales se realiza el presente estudio comparativo.

Sin embargo, consideramos que en Latinoamérica, la lectura de estos principios que llevan a definir a la justicia administrativa como una justicia independiente, deben ser tratados con mayor estrictez en la medida que solemos encontrarnos con ejecutivos fuertes, donde la democracia obra, ya no como un sistema de gobierno, sino como un instrumento muchas veces justificante de una determinada modalidad del ejercicio del poder por lo que, por sí sola, no es una condición suficiente para el aseguramiento del valor justicia y el respeto de los derechos fundamentales del ciudadano.

De ello se concluye que la democracia constituye el principio de convivencia igualitaria de los particulares pero este principio no es suficiente si su práctica se encuentra alejada de los principios republicanos.

Otro punto a tener en cuenta es el alcance de la revisión judicial sobre la actividad de la administración. En efecto, la competencia asignada a los tribunales de la justicia administrativa tiene diverso alcance si se trata de tribunales orgánicamente separados o no de la administración pues en este último caso, el control de oportunidad perfectamente podría ser ejercido sin que ello influya en el principio de separación de poderes.

Por otra parte si el control que realiza un juez independiente se realiza en pos de un juzgamiento de valor respecto de la actividad controlada, esta intervención según el ordenamiento constitucional de que se trate, podrá estar afectada de ilegitimidad. A su vez ello tiene directa relación con el control de la actividad discrecional de la administración y en que forma se realiza.

---

violan sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

Los Estados partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

*La influencia del derecho procesal administrativo europeo (Francia, Alemania y España) en América Latina con especial referencia al derecho administrativo argentino - Pedro Aberastury*

Es por lo expuesto que, en un principio, directamente se negaba la posibilidad de intervenir en el control de legitimidad de un derecho subjetivo otorgado en base a facultades discrecionales mientras que, actualmente, la doctrina administrativa permite dicho control en base a la aplicación de los principios de proporcionalidad y de razonabilidad.

Así, nos encontramos con que el ordenamiento alemán asigna, por principio y sin limitación, en el art. 40.1 de la VwGO al juez administrativo el juzgamiento de todos los litigios de derecho público, salvo los constitucionales u otros que le son atribuidos a otra clase de jurisdicción y el Código francés de la justicia administrativa considera que « Los tribunales administrativos son (...) jueces de derecho común del contencioso administrativo » (art. L 211-1 CJA).

Por otra parte, la Constitución española establece, en el Artículo 117 que “ 1. La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley” y el control que se le atribuye se encuentra establecido en el Artículo 106.1. en cuanto dispone que: “Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican”.

Si bien esta asignación de principios, en una primera lectura, permitiría afirmar que el control es total, tanto la jurisprudencia como la doctrina han permitido precisar los límites de la competencia atribuida al juez administrativo.

La justicia administrativa alemana dispone el control de legitimidad únicamente y la francesa es mas amplia en la medida que actúa sobre todas las consecuencias de la actividad administrativa.

Dice García Macho que “La influencia del derecho alemán en el ámbito competencial de la jurisdicción contencioso-administrativa, y la evolución producida desde la anterior Ley de 1956, de carácter estrictamente revisor, a la actualmente vigente, ha sido puesta de manifiesto por el Dictamen del Consejo de Estado de 29 de mayo de 1997 cuando manifiesta lo siguiente: “Es perceptible, por tanto, el tránsito moderado desde el sistema objetivo del contencioso-administrativo francés, que pone su acento en el acto –como también la LJCA vigente-, hacia un

## Procedimiento y justicia administrativa en América Latina

sistema subjetivo, propio del derecho alemán, cuyo centro lo constituye la pretensión o la acción<sup>27</sup>.

## 5. El acceso a la justicia administrativa

### A. La ideología revolucionaria

El presente trabajo requiere el análisis de la influencia del llamado Derecho administrativo continental en los ordenamientos latinoamericanos. Debemos recordar que, en el Derecho Público, el desarrollo del método comparativo es más complicado pues, como lo ha afirmado el Profesor Sommermann la diferencia entre el Derecho Comparativo Privado y el Derecho Comparativo Público, es que el Derecho Público regula el orden político de la sociedad y las relaciones entre los Ciudadanos y el Estado y dentro de este aspecto, nos encontramos con que el Derecho Comparado Público hay que estudiarlo conforme la vigencia de los sistemas constitucionales de los cuales emana<sup>28</sup>.

En consecuencia, cuando nos referimos a la aplicación del ordenamiento procesal de un determinado país a otro, y más aún cuando lo que se pretende es la asimilación de una institución extranjera a un determinado ordenamiento legal constitucional distinto, nos enfrentamos con una aplicación de términos que conllevan a error y, muchas veces, a un desconocimiento de la norma constitucional que rige al mismo.

La adopción de una determinada institución en una determinada época sirve a un particular interés pero la exposición comparativa de la misma permite hacer prevalecer cual ha sido su función para que el intérprete revele el motivo de su creación<sup>29</sup>.

A ello se suma el problema de las terminologías jurídicas, como bien señalara Radbruch<sup>30</sup>, con referencia al idioma alemán e inglés, que no pueden, bajo el principio de una traducción comprender el real significado de las instituciones o conceptos jurídicos de cada uno de los sistemas

<sup>27</sup> García Macho, Ricardo, Acotaciones a la influencia de la Ley de la Justicia administrativa alemana en la jurisdicción contencioso-administrativa española, cit

<sup>28</sup> Sommermann, Karl-Peter, "La importancia de la comparación jurídica para la evolución del derecho público en Europa", en Investigación de derecho comparado, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Investigaciones 3, Buenos Aires, 2005, ps. 525/547.

<sup>29</sup> Roca Sastre, Ramón M<sup>a</sup>, Prólogo a la obra de José Puig Brutau, Estudios de Derecho Comparado –La doctrina de los actos propios, , ed. Ariel, Barcelona, 1951<sup>o</sup>, pág.14.

<sup>30</sup> Radbruch, Gustav, Der Geist des englischen Rechts, Heidelberg, 1947, pág. 11.

*La influencia del derecho procesal administrativo europeo (Francia, Alemania y España) en América Latina con especial referencia al derecho administrativo argentino - Pedro Aberastury*

pero que puede lograrse, no a través de una traducción sino completando el sentido del Derecho dentro de su concepción institucional<sup>31</sup>.

Analizaremos, entonces, desde la problemática que se vivió en la argentina las dificultades que se produjeron, a raíz de haber asimilado la influencia del ordenamiento procesal administrativo continental en la medida en que se pretendió asimilar el ordenamiento procesal francés a nuestro sistema, sin advertir que el modelo constitucional argentino se asemeja, en gran medida, a la Constitución de Filadelfia.

Asimismo, por ser un tema esencial, analizaremos desde esta óptica, como se accede a la justicia administrativa, como órgano de control de la actividad de la administración y, de esta manera poder visualizar cual de los tres sistemas (en relación a los países europeos tomados como referencia) han sido aplicados.

Es de principal importancia considerar cuál fue el espíritu revolucionario de la Revolución de Mayo en cuanto se trató del primer intento orgánico de separación de las colonias americanas al régimen imperante en la Madre Patria.

Los delegados que fueron enviados para participar en la Asamblea del Año XIII, que sesionó en la Ciudad de Buenos Aires, concurren con instrucciones expresas; asimismo, se encontraba pendiente la aceptación de la Constitución de Cadiz de 1812. Por ello, este juego ideológico tuvo especial inspiración en las luchas de la independencia a la Corona Española y en cuanto a la evolución jurídica de estos países.

Para ello deben recordarse los antecedentes de nuestro sistema jurídico, para el estudio de la evolución particular del control de la actividad de la administración<sup>32</sup>.

En la época colonial era difícil encontrar una clara diferenciación entre la jurisdicción administrativa y aquellas autoridades judiciales tendientes a juzgar sus conductas pues lo que podemos denominar autoridades ejecutivas, tales como adelantados, gobernadores, capitanes generales,

<sup>31</sup> Puig Brutau, José, Estudios de Derecho Comparado –La doctrina de los actos propios, ed. Ariel, Barcelona, 1951°, pág.21.

<sup>32</sup> Gauna Juan Octavio, *El proceso administrativo en el orden nacional argentino*, Derecho Procesal Administrativo 1. Homenaje a Jesús González Pérez, Dir. Juan Carlos Cassagne, Hammurabi, José Luis Depalma editor, Buenos Aires, 2004, pág. 29.

*Procedimiento y justicia administrativa en América Latina*

virreyes e intendentes tuvieron en sus manos competencia tanto administrativa como jurisdiccional, a veces ejerciéndolas por sí solos y otras veces en forma conjunta con otros órganos y tribunales<sup>33</sup>.

Si bien existía una corriente que se enmarcaba dentro de una línea diferenciadora, tales como las leyes XXXV y XXXVIII del Libro II, título XV<sup>34</sup>, coincidimos con Bosch en que no se puede advertir que existiera un contencioso administrativo refundido en la Real Audiencia. Debe recordarse que la Real Audiencia era el tribunal superior que se encontraba presidido por el Virrey y la justicia siempre se administraba en nombre del soberano, por lo que no existía una separación nítida ni formal de competencias.

Por otra parte, la Instrucción a los Regentes de 1776, donde asoman las primeras reglas tendientes a diferenciar las funciones administrativas y judiciales, no impidió que los Virreyes nombraran Oidores y que la Audiencia que éste presidiera cuidara celosamente sus funciones con lo cual, la confusión entre la función del Ejecutivo y la del Juez, continuó subsistente. No debemos olvidar que del régimen del vasallaje se pasó inmediatamente al régimen del ciudadano lo cual hizo decir a Alberdi que se trató de una reforma del régimen del coloniaje pero no su abolición<sup>35</sup> mientras que Levene<sup>36</sup> consideró que no se trataba de un derecho intermedio sino de un derecho patrio que es vertebral y formativo de una nacionalidad<sup>37</sup>.

Las ideas emergentes que propiciaron la lucha por la independencia de las colonias latinoamericanas a la Corona Española propició que en el primer documento oficial revolucionario, es decir el Reglamento de la Junta Provisional Gubernativa del 25 de mayo de 1810, dado en Buenos Aires, se estableciera, en el punto VII, que sus integrantes quedan excluidos de “*exercer el poder judicial, el cual se refundirá en la Real*

<sup>33</sup> Bosch, Jorge Tristán, *Tribunales Judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la administración pública*, ed. Víctor P. De Zavalía, Bs As, 1951, pág. 49.

<sup>34</sup> Ibáñez Frocham, citado por Bosch, Jorge T., en *Tribunales Judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la administración pública*, op. cit. pág. 49

<sup>35</sup> Alberdi, Juan Bautista, *Escritos Póstumos*, Bs. As., 1897 t. V., pág. 109/110.

<sup>36</sup> Levene, Ricardo, *El derecho patrio argentino y la organización del poder Judicial*, en *Historia de la Nación Argentina*, 2ª ed., Vol. VII, Primera Sección, Academia Nacional de Historia, El Ateneo, Bs. As., 1950, pág. 295.

<sup>37</sup> Ampliar en Aberastury, Pedro, *Ejecución de sentencias contra el Estado*, Editorial Abeledo Perrot –2001, Bs. As



*La influencia del derecho procesal administrativo europeo (Francia, Alemania y España) en América Latina con especial referencia al derecho administrativo argentino - Pedro Aberastury*

*Audiencia, á quien se pasarán todas las causas contenciosas que no sean de Gobierno”.*

Ello generó una respuesta conservadora y originó las asonadas del 5 y 6 de abril por lo cual la Junta Conservadora fue disuelta y reemplazada por el Triunvirato.

El principio de la división de poderes fue entendido como una separación del ejercicio de la actividad jurisdiccional del Ejecutivo y el artículo 7° del Reglamento de la División de Poderes sancionado por la Junta Conservadora, del 30 de septiembre de 1811, dispuso que:

*“El poder ejecutivo no podrá conocer de negocio alguno judicial, avocar causas pendientes, ni executorias, ni mandar abrir nuevamente los juicios, no podrá alterar el sistema de 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 ó á la comisión que en su caso nombrará la Junta Conservadora”.*

Este principio aparecería en el art. 95, hoy 109, de la Constitución Argentina y los autores reconocen que este principio es totalmente original y no reconoce parangón en las constituciones y/o proyectos conocidos hasta 1853<sup>38</sup> aunque podemos encontrar sus antecedentes, también, en la Constitución Chilena de 1833 y en la de Cádiz de 1812<sup>39</sup>.

También es de interés citar el artículo 9°, del citado Reglamento, que

<sup>38</sup> “Apareció por primera vez como artículo 7° de la Sección II, llamada del Poder Ejecutivo, del reglamento de la división de poderes sancionada por la Junta Conservadora de la Soberanía de Fernando VII en el reglamento de 1811. Aparece casi con una concordancia textual, en el artículo 108 de la Constitución de Chile del 33 y en el artículo 93 del Proyecto de Alberdi. Pero en todos estos textos aparece la referencia a funciones judiciales y no jurisdiccionales de modo que lo que puede decirse de ellos es que preservaron para el Poder Judicial la decisión última en la decisión de las causas que es el texto, que es la palabra, con que aparece la competencia del Poder Judicial de la Nación en los artículos 100 y 101 de la Constitución.” Aberastury, Pedro, *Control Jurisdiccional del Acto Administrativo, en Acto y Procedimiento Administrativo*, ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1975, pág. 176.

<sup>39</sup> La Constitución de Cádiz, de 1812, en su artículo 243 dispone que “Ni las Cortes ni el Rey podrán ejercer en ningún caso las funciones judiciales, avocar causas pendientes, ni mandar a abrir los juicios fenecidos.” Ampliar en *Cassagne*, Juan Carlos, El acceso a la *Justicia Administrativa*, Conferencia pronunciada en oportunidad del Seminario Internacional de Derecho Administrativo celebrado en la Facultad de Derecho –UBA-, en 29/31 de marzo de 2004, en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, ed Lexis Nexis, 2004.

### *Procedimiento y justicia administrativa en América Latina*

establece que “*el poder ejecutivo no podrá tener arrestado a ningún individuo, en ningún caso mas que 48 horas, dentro de cuyo término deberá remitirlo al juez competente, con lo que se hubiese obrado. La infracción a este artículo se considerará como un atentado contra la libertad de los ciudadanos, y cualquiera en este caso podrá elevar su queja á la Junta Conservadora*”, estableciendo, en el artículo 1º de la Sección tercera, la independencia del Poder Judicial. Este primer plexo normativo se completa con el Decreto de Seguridad Individual del 23 de noviembre de 1811 por el cual ningún ciudadano puede ser penado ni expatriado sin que preceda forma de proceso y sentencia legal (artículo 1º).

Los ensayos constitucionales argentinos de esta primera época, tales como la Constitución de 1819 y la de 1826, previeron un Poder Judicial independiente y si bien, durante más de treinta años, el país no pudo consolidarse, los tribunales de justicia se fueron paulatinamente organizando a nivel provincial.

## **B. La evolución del sistema judicialista**

De estos antecedentes podemos referir que la ideología dominante, que se advierte en la Constitución de Cadiz es la separación de la función jurisdiccional de la administración. Sin embargo, la evolución propia de cada uno de los países latinoamericanos se encontrará influenciada por el sistema francés y el español.

Expresa Cassagne que: “Lo primero que salta a la vista es la circunstancia que muestra que el Derecho constitucional de casi todos los países de Latinoamérica ha adoptado el sistema judicialista, tanto para la justicia ordinaria de tipo civil, comercial o penal, como para el juzgamiento de los actos de la Administración Pública y otros órganos del Estado (contencioso-administrativo). La excepción a esta regla generalizada ha sido Colombia, que implantó la justicia administrativa sobre la base del modelo francés y la consecuente institución de un Consejo de Estado”<sup>40</sup>.

La doctrina tuvo una gran relevancia sobre el tema ya que la cita de los tratadistas españoles y franceses es permanente. Lo importante, pues, es considerar cual fue el espíritu y/o alcance del control; o sea si prevalece un control en base a una facultad delegada o revisora y si es

<sup>40</sup> Cassagne, Juan Carlos, El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa, Bs As, ed. Marcial Pons, 2009, pág 66.

*La influencia del derecho procesal administrativo europeo (Francia, Alemania y España) en América Latina con especial referencia al derecho administrativo argentino - Pedro Aberastury*

necesario el dictado de un acto previo y/o el agotamiento de la vía administrativa para poder ocurrir a la justicia.

Sin perjuicio de ello, el sistema judicialista lo encontramos en numerosos textos constitucionales iberoamericanos, tales como en las constituciones de Perú (art. 139), Paraguay (248), Nicaragua (art. 158), Panamá (art. 199) y Guatemala (art. 199) y, de alguna manera en un judicialismo puro, caso del art. 73 de la Constitución chilena y en nuestro art. 109 de la Constitución argentina.

No constituye una tarea sencilla diferenciar la actividad jurisdiccional de la administración, del control que realiza la justicia administrativa y un claro ejemplo de su confusión y falta de claridad lo ha sido su evolución en el Derecho administrativo argentino.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, en el *leading case Fernandez Arias*, de 1960, dejó asentado que la decisión de una controversia por parte de un tribunal que no reunía la característica de imparcial e independiente a la administración no era constitucionalmente viable en cuanto se le diera carácter de decisión final e irrecurrible a su pronunciamiento.

A partir de este *leading case*, se interpretó que el acceso a la justicia debía ser pleno y conforme el considerando 19 (del voto de la mayoría) verdadero holding del fallo, la contradicción entre la actuación de la administración a través de tribunales administrativos dependientes de ella, se armonizaba con el principio de la defensa en juicio en tanto:

- a) se reconociera a los litigantes el derecho a interponer recurso ante los jueces ordinarios;
- b) negación a los tribunales administrativos (entendiendo a éstos como dependientes orgánicamente a la administración y constituidos por personas que no han sido designadas de la misma forma que la constitución prevé para la designación de jueces) de dictar resoluciones finales en cuanto a los hechos y al derecho controvertidos, con excepción de los supuestos en que, existiendo opción legal, los interesados hubiesen elegido la vía administrativa, privándose voluntariamente de la judicial,<sup>41</sup>

<sup>41</sup> Doctrina de Fallos: 205:17; 245: 351.

*Procedimiento y justicia administrativa en América Latina*

- c) el recurso extraordinario federal no satisface las condiciones anteriormente mencionadas.

A ello debe agregarse lo expuesto en el considerando 20, en cuanto se entendió que *el recurso debía posibilitar el acceso a una instancia judicial propiamente dicha*.

En consecuencia, la doctrina del caso Fernandez Arias tuvo el alcance de reconocer la legalidad de la actividad jurisdiccional del Ejecutivo en la medida que estos procedimientos y las decisiones emergentes de ella se encuentren sujetos a un control judicial suficiente, entendiendo por tal no a un mero control formal sino a que se encuentre prevista la posibilidad de que los jueces judiciales ordinarios (valga la redundancia) puedan intervenir controlando el pronunciamiento administrativo, tanto en los hechos como en el derecho aplicable.

El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva, tal cual lo denominamos, no se ocupa solamente de establecer acciones de protección de los derechos constitucionales sino que, como derecho, prevé la existencia de una acción, que se inicia y se concluye sin ningún tipo de condicionamiento; es decir, se trata de la elevación de la garantía a la categoría de un derecho, interpretación avalada por la suscripción e incorporación a la carta magna de nuestro país de los tratados internacionales anteriormente referidos.

De esta manera, la sentencia comentada e Suprema de Justicia de la Nación compatibilizó el sistema de independencia del control y el sometimiento de la administración al control del Poder Judicial convalidando los procedimientos administrativos llevados ante ella.

Es oportuno, entonces, analizar someramente la evolución en tanto, en las discusiones parlamentarias que dieron lugar a la ley 48, de 1862, que estableciera la organización de la justicia federal en cuanto los legisladores argentinos debatieron las distintas posturas de la época respecto del alcance de la intervención del Estado en juicio, a pesar que el entonces artículo 100 de la Constitución, hoy art. 116, previó que el Estado pudiera estar sometido a un tribunal de justicia pero los resabios del Antiguo Regimen no permitían entender que este sometimiento a un tribunal fuera posible por lo que su solución fue resultado de una evolución jurisprudencial.

*La influencia del derecho procesal administrativo europeo (Francia, Alemania y España) en América Latina con especial referencia al derecho administrativo argentino - Pedro Aberastury*

Varios argumentos fueron utilizados para adherir a una u otra postura. Los impulsores de la restricción al derecho de acudir a un tribunal de justicia lo fundamentaron, en la evolución que el tema había sufrido en los Estados Unidos, en cuanto se dejó en claro que la 11ª enmienda había prohibido las acciones judiciales contra el gobierno de la unión. Asimismo, en el hecho que en la legislación comparada no existía precedente alguno que pusiera en manos del Juez el juzgamiento de otro poder del estado.

La postura, que dio prevalencia a la tesis contraria, se fundamentó precisamente en que, si bien el modelo de nuestra Constitución era la americana, no por ello perdía originalidad al haber sido redactada atendiendo las necesidades y la cultura del país. De esta manera, nada impedía adoptar una solución distinta. En efecto, en las discusiones parlamentarias se citaron a ilustres comentaristas, tales como Story, Hamilton y Tocqueville, que adoptaron la postura que la unión podía ser demandada.

Nuestros legisladores, en un debate de gran altura, dejaron en claro, repetidas veces, que esta enmienda fue, mas que una solución jurídica una solución política, por el nivel de endeudamiento de ciertos Estados de la Unión, que habían sido objeto de demanda<sup>42</sup>.

Lo que se desprende de esta discusión fue que la misma no ha sido superada y permanece vigente en el Derecho administrativo argentino. En efecto, la fundamentación para negar la posibilidad de que el Estado fuera demandado se ensayó conforme a varios argumentos: a) la evolución que sufriera el Derecho constitucional americano en esa época, en la medida que se prohibió constitucionalmente que la Unión fuera

---

<sup>42</sup> Así lo puso de manifiesto el Diputado Quintana, en la sesión del 3 de agosto de 1863. Allí expresó: “Sr. Quintana: Sr. Presidente, dictada la Constitución de los Estados Unidos, quedó establecido que la corte suprema y demás juzgados de sección debían conocer de las causas en que la Nación, o los Estados particulares fueran parte. En seguida, diversos acreedores particulares de los estados, se presentaron ante el Poder Judicial demandándolos por el cumplimiento de ciertas obligaciones, y la Corte Suprema se declaró competente para entender en esas reclamaciones. La profunda alarma que esta jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, basada en el tenor literal de la Constitución de los Estados Unidos introdujo en los estados particulares, movió a sancionar la reforma 11ª sacando a los Estados de la jurisdicción de los Tribunales Nacionales. De ahí, Sr. Presidente, se dedujo, y con razón, que si los Estados no podían ser sometidos como demandados ante los Tribunales Nacionales, tampoco debía serlo la Nación. Pero la verdad es que faltando la razón de derecho, de justicia o de equidad, fue necesario apelar a razones de circunstancias, a razones del momento, a razones pasajeras, como eran la conveniencia de hacer cesar la alarma que se había introducido en aquellos Estados que se veían asediados, o arruinados a consecuencia de las reclamaciones particulares”.

*Procedimiento y justicia administrativa en América Latina*

demandada, b) la existencia, en el Derecho administrativo comparado, de tribunales administrativos donde era el propio Poder Ejecutivo que se sujetaba a lo que resolvieran estos propios órganos, pero dentro de su jurisdicción, c) la paralización a que se vería sometido.

La formulación rígida del precepto constitucional, en realidad permitió su flexibilización interpretativa atento la evolución de las costumbres y que la aceptación del espíritu democrático pudiera ser adaptado, conforme la evolución de la sociedad, lo cual permite afirmar que lúcida-mente los constituyentes no adoptaron una determinada definición que inmovilizara la solución jurídica a una situación que no permitiera su evolución, tal como sucede actualmente, donde se pone en tela de juicio aquellos reglamentarismos que impiden el acceso a la instancia judicial para demandar al Estado.

Fue evidente que existieron dos corrientes, que iban consolidándose en distintos frentes, tal cual fue la adopción del anteproyecto de Código Civil, como ley de la Nación, donde se aceptó la idea del codificador Velez Sarsfield, que propugnó *la libre demandabilidad del Estado*, al establecer en el artículo 42 del Código Civil, sancionado en 1872, que “Las personas jurídicas pueden ser demandadas por acciones civiles, y puede hacerse ejecución en sus bienes”, al no distinguir entre personas públicas y privadas.

Gorostiaga, como Ministro de la Corte Suprema de Justicia, se ocupó que el tribunal recepcionara la doctrina contraria pero no a través de la adopción de una tesis absoluta, sino estableciendo que la Nación no podía ser llevada a juicio sin su consentimiento, salvo que fuera parte actora<sup>43</sup>. Así podemos citar el caso “Vicente Seste y Antonio Seguich”,<sup>44</sup> fallado por la Corte el 29/09/1864, donde se expresó que “El poder Ejecutivo Nacional es soberano en su esfera y administra con independencia de los otros dos poderes que participan del gobierno de la república pues, por el artículo 86 de la Constitución, se declara que es el jefe supremo de la nación quien tiene a su cargo la administración del país”<sup>45</sup>.

<sup>43</sup> Se trató de la tesis sustentada por Elizalde y Gorostiaga frente a la sustentada por Velez Sársfield, Quintana y García, que no culminara en la adopción de una determinada solución legal, como surge de la ley 48. –ver Diario de Sesiones de la Honorable Cámara de Diputados del año 1863, I, Pag 301/

<sup>44</sup> Fallos: 1:322.

<sup>45</sup> Ha existido una polémica respecto al rol asignado a la Corte, en su primera época y al rol polí-

*La influencia del derecho procesal administrativo europeo (Francia, Alemania y España) en América Latina con especial referencia al derecho administrativo argentino - Pedro Aberastury*

La explicación que se brinda en el fallo citado es que la facultad de los tribunales para hacer comparecer ante sí al poder ejecutivo, siempre que fuese demandado, a dar cuenta de sus actos, imponerle restricciones y condenarlo a pagos en reparaciones civiles daría al poder judicial una superioridad inconciliable con la supremacía que la constitución acuerda al jefe de la nación, apoyándose para esto en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, de ese entonces, y en la conflictiva interpretación que se realizara de la Judiciary Act, de 1789, al no prever la posibilidad que los actos del poder legislativo estuvieran sujetos a revisión, entre otros, lo cual quedó totalmente superado en 1946.

Sin embargo, frente a la coexistencia en el Derecho comparado de diferentes sistemas que lograban su finalidad, mas allá de sus condicionamientos formales, la evolución de llevar a la Nación a juicio no fue una situación que claramente transitó por un solo carril y es lo que presenta, actualmente, la mayor de las dificultades.

En la Argentina, se le asignó a la división de poderes una limitación distinta a la que emanara en el Derecho continental, a partir de la ley francesa del 16-24 de agosto de 1790. Sin embargo, se produjo la confusión de ambos sistemas a través de la influencia del Derecho continental en nuestro país por lo que la discusión de la existencia de tribunales administrativos, que pudieran dictar pronunciamientos irrevisables por parte de tribunales judiciales, fue materia de debate doctrinario.

El mismo tuvo lugar respecto del alcance de los pronunciamientos dictados por los tribunales administrativos lo cual fue aclarado recién, en forma definitiva en 1960, en el precedente ya comentado “Fernández Arias c/ Poggio”<sup>46</sup>, donde se estableció que un tribunal administrativo

---

tico de la Confederación de Paraná, respecto del rol protector de los intereses externos, es decir del capital extranjero—Rosa, Jose Maria, t.7 p. 47. Así, asombrosamente no existió en esa época ninguna incompatibilidad respecto del rol de juez y el ejercicio de funciones privadas, tal cual el caso de Gorostiaga que no solo ejerció la función de legislador en el debate de la ley 48 sino también que ejerciera el cargo de Presidente del Ferrocarril del Sur, de capitales ingleses, en forma paralela al ejercicio de Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (cfr. *Pellet Lastra*, Arturo, *Historia Política de la Corte* –1930-1990-, op. Cit., pág. 32. ) Sin embargo, no se encuentra ningún fallo de esa época, ni siquiera el comentado que autorice tal doctrina. En realidad se trata de una vieja polémica, entendemos ya superada, entre rosistas y urquistas.

<sup>46</sup> Fallos: 237: 636.

*Procedimiento y justicia administrativa en América Latina*

no podía dictar resoluciones que tuvieran como implicancia la definitividad del pronunciamiento, entendiéndose por tal a la falta de revisión sustancial por parte de un tribunal independiente a las partes, es decir, que la revisión del pronunciamiento debía ser pleno, a través de la posibilidad de interponer una acción, ofrecer y producir prueba y llegar a una decisión fundada donde se hiciera mérito de todos los antecedentes propuestos para llegar a la decisión.

Pero este precedente, que produjo un vuelco en el Derecho administrativo argentino, comenzó a ser objeto de nuevos embates pues, en 1960, no existía lo que se denominó posteriormente plazo de caducidad, lo cual significó en los hechos reglamentar el acceso a la justicia, de tal manera que su revisión se encontrara sujeto a los obstáculos de transitar previamente la vía procedimental administrativa.

En el ordenamiento constitucional continental, donde no se encuentra establecido el control por parte de un tribunal independiente a las partes, puede ser tenido como razonable que durante el recorrido de la vía administrativa, por inobservancia de los plazos a los cuales se encuentra sujeto el particular, los mismos produzcan, en un determinado momento, el consentimiento de lo actuado ante esa sede por inobservancia del procedimiento establecido, pero lo que considera razonable un determinado ordenamiento constitucional no puede ser adaptado sin más a otro sistema, donde la suerte de la supervivencia del mismo está planteado en la división de poderes y donde se le otorga al Poder Judicial la función de controlar lo que realizan los restantes.

Si lo que se pretende es evitar la revisión de lo actuado en sede administrativa por un órgano ajeno a ella, evidentemente la rigidez legal emanada de la ley francesa de 1790, que posibilitó que la división de poderes fuera entendida como una prohibición totalmente rígida para el Poder Judicial, de incursionar sobre materias que se encontraban a cargo del Ejecutivo, será coherente asignarle ese carácter pero se considera que ninguna norma reglamentaria puede abolir una garantía constitucional tan fundamental como lo es la defensa en juicio establecida en nuestra Ley Fundamental.

El contencioso administrativo se presentó como un sistema confuso en la Argentina porque la división de poderes propugnada por Montesquieu, para evitar que los gobernantes se alzaran con todo el poder y que fuera



*La influencia del derecho procesal administrativo europeo (Francia, Alemania y España) en América Latina con especial referencia al derecho administrativo argentino - Pedro Aberastury*

entendida de manera distinta por la doctrina francesa y la doctrina norteamericana, va a influir, en gran medida, en la evolución de controlar a los actos del Estado pero siguiendo una finalidad que tergiversaría su espíritu, y la denominación dada a esta competencia fue lo que alentó la confusión, se trata de dos ordenamientos constitucionales distintos, cuya aplicación genera contradicciones imposibles de salvar<sup>47</sup>.

Debe tenerse en cuenta que el régimen tajante de división de poderes, en el sistema francés, se expresó de esta manera para evitar que por una cuestión sociológica, el poder judicial como órgano conservador pudiera enfrentar al poder ejecutivo y anularle sus decisiones, situación que se fue uno de los motivos determinantes de la asunción, en nuestro país, del Triunvirato, en 1811. Por eso, en Francia, se organizó el contencioso administrativo con tribunales administrativos para controlar al poder ejecutivo y a partir del arrêt *Blanco*<sup>48</sup> resultó que toda causa contenciosa administrativa iba a ser juzgada por un tribunal administrativo y toda causa civil iba a recaer en el poder judicial. Esta demarcación nos influenció porque en el código contencioso administrativo de la provincia de Buenos Aires, de principios del siglo XX, en el cual a Varela se le encomendara su redacción, consideró que la Suprema Corte provincial, como tribunal originario, sólo le debían llegar las causas objetivamente administrativas mientras que las civiles debían derivarse a los tribunales de justicia de primera instancia<sup>49</sup>.

La tergiversación tuvo lugar en la medida que, en base al Derecho administrativo francés, se posibilitó admitir, luego de *Fernández Arias*, que la revisión de lo actuado tuviera lugar únicamente a través del agotamiento de la vía administrativa, conforme el modelo español, pero asignándole a este paso no sólo el carácter de ineludible sino también que este paso pudiera ocasionar la pérdida del derecho a solicitar el control judicial en caso de no respetarse los breves plazos de impugnación que contienen las normas procedimentales que deben recorrerse ante la propia administración.

<sup>47</sup> Fiorini, Bartolomé A., *“Que es el contencioso”*, ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1965, pág. 114, 137, y 138-139.

<sup>48</sup> Luchet, Just, *L'Arrêt Blanco – La Thèse de la compétence administrative en matière de responsabilité civile de l'État*, Recueil Sirey, 1935, Paris, pág. 133 y ss.

<sup>49</sup> Aberastury, Pedro, *Ejecución de Sentencias contra el Estado*, ed. Abeledo Perrot, 2001, Bs As, pág. 30

*Procedimiento y justicia administrativa en América Latina*

*C. El acto previo como vía de acceso*

Hemos expuesto que en el Derecho administrativo vigente en los países continentales tomados para el análisis comparativo, se torna necesaria la emisión, por parte de la administración, de un acto administrativo; es decir, este acto previo es esencial para la apertura del control de la actividad de la administración y, aunque la regla puede merecer excepciones, desde un punto de vista general este es el sistema institucionalizado.

En la Argentina, igualmente, se puede afirmar que, ordinariamente, las acciones judiciales dirigidas contra la administración llevan insitas un previo tránsito por la administración, como requisito de procedencia, que fuera establecido en la ley de demandas contra la Nación Nro 3952 del año 1900.

Este previo tránsito ha ido evolucionando y, a partir de 1972, se considera que este previo tránsito sólo se agota en la medida que sea un funcionario con una calidad relevante el que emita la última decisión, a los efectos que el particular tenga expedita la vía judicial tanto en la denominada vía reclamatoria, donde se persigue el cobro de una suma de dinero derivado de un hecho administrativo como en la vía recursiva, que trata la anulación del acto administrativo.

La ley de Procedimientos Administrativos Nacional N° 19549, de 1972, en su artículo 23, inciso a), lo ha denominado agotamiento de la vía administrativo tomado de la LJCA española de 1958, en cuyo artículo 37 se establece que los actos, para que sean impugnados en sede contencioso, no deben ser susceptibles de ulterior recurso ordinario en sede administrativa.

Estas circunstancias permiten determinar la existencia de 2 momentos:

- a. La necesidad de una decisión por parte de la administración, previa a la interposición de la acción judicial.
- b. El requisito que un funcionario, con competencia suficiente, sea el que emita la decisión.

En el sistema actualmente vigente, nos encontramos con que, tanto la legislación provincial como la nacional argentina requieren la existen-

*La influencia del derecho procesal administrativo europeo (Francia, Alemania y España) en América Latina con especial referencia al derecho administrativo argentino - Pedro Aberastury*

cia de una decisión previa a efectos de accionar contra el Estado. Ello se ha debido a la influencia que ha tenido el Derecho administrativo continental, principalmente del derecho francés y el español, en nuestro país, sin deslindar lo que podía ser aplicable o no a nuestro sistema jurídico. Esta influencia se ha sentido en la mayoría de los ordenamientos latinoamericanos, tales como los de México, Uruguay, Brasil, Colombia, entre otros.

Pero este trasvasamiento de ordenamientos, sin filtros adecuados, muchas veces ha conspirado con la idiosincrasia de cada uno de estos países, y en la Argentina ha producido, a mi entender, un perjuicio muy grande a la tutela de los derechos receptados en el ordenamiento constitucional por aplicar, sin más, ordenamientos foráneos que en el país de origen pueden funcionar eficientemente<sup>50</sup> por razones culturales o de educación.

Dentro de este esquema, el método comparativo permite comprender el punto de vista ajeno, y dentro del estudio del derecho nacional permite percibir las líneas de estudio, que diferencian las normas o instituciones accidentales de aquellas que pueden ser consideradas como permanentes.

Mas allá de las críticas que pueden argumentarse contra el sistema de la emisión de una decisión previa y, el agregado, del agotamiento de la vía administrativa, podemos afirmar que las dificultades de controvertir por parte de un tribunal independiente la decisión de la administración no es una cuestión privativa del derecho argentino sino que resulta de una evolución y sin dejar de reconocer la existencia de precedentes que permitían imputar conductas al Estado para solicitar su reparación, el análisis se centra en la posibilidad de controvertir el dictado de un acto administrativo y los medios de acceso a la jurisdicción.

El procedimiento administrativo se presenta como una herramienta

---

<sup>50</sup> Esto ha permitido afirmar, en opinión que se comparte plenamente, que: “Nuestro derecho ha sido generoso en la incorporación de teorías extranjeras de diversa procedencia. Así los tribunales federales han adoptado las condiciones generales de justiciabilidad del derecho norteamericano, incluyendo el concepto de cuestión política, cuya versión francesa, el acto de gobierno, se utiliza en ciertos códigos contencioso-administrativos provinciales. El requisito del agotamiento de la vía administrativa y los plazos de caducidad nos vienen del derecho español, mientras que para precisar los conceptos de derecho subjetivo e interés legítimo nuestros autores suelen recurrir al derecho italiano. Numerosos códigos contencioso-administrativos provinciales han recogido, por su parte, la estructura francesa de la separación entre el recurso de plena jurisdicción y el de exceso de poder”. Mairal, Héctor A., *Control Judicial de la Administración Pública*, Volumen 1, op. cit. pág. 134.

*Procedimiento y justicia administrativa en América Latina*

sustancial para controvertir las decisiones de la administración. Así, a manera de ejemplo, podemos tomar el caso de México donde a través del juicio de amparo que constituye la última instancia de impugnación de los procedimientos administrativos y contencioso administrativos por actos ilegítimos de la administración pública. El requisito del juicio de amparo es la exigencia del agotamiento de la vía administrativa conforme el principio de definitividad establecido en el art. 73 de la Ley de Amparo aunque la excepción es el caso de que el acto no contenga fundamentación<sup>51</sup>. Por otra parte, en el ámbito federal, el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa constituye un tribunal administrativo, independiente de la autoridad administrativa y del Poder Judicial que controla los actos de la administración.

Otro ordenamiento que se puede citar, a manera de ejemplo es la Constitución de la República Oriental del Uruguay, en la Sección XVII, denominada de lo Contencioso Administrativo, se regula el acceso a la justicia a efectos de controlar la actuación de la administración como, asimismo, los remedios procedimentales a tal fin. Esta revisión se realiza por ante el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo (art. 307) el cual conocerá de las demandas de nulidad de actos administrativos definitivos<sup>52</sup>, cumplidos por la Administración, en el ejercicio de sus funciones, contrarios a una regla de derecho o con desviación de poder (Cfr. Art. 309). Se trata de un órgano jurisdiccional especializado e independiente que conoce en instancia única, donde se requiere, en cuanto al aspecto aquí considerado que se haya dictado un acto administrativo definitivo y que se haya agotado la vía administrativa, conteniendo un plazo de caducidad para el inicio de la acción de anulación<sup>53</sup>.

La doctrina y la jurisprudencia han debido dilucidar la expresión “actos administrativos definitivos” a efectos de considerar la viabilidad de la pretensión procesal. Por otra parte, el artículo 312 de la Constitución establece la acción de reparación de los daños causados por los actos

<sup>51</sup> Fernandez Ruiz, Jorge, Panorama General del derecho administrativo Mexicano, en *El Derecho Administrativo iberoamericano*, Director: González –Varas, Ibáñez, Santiago, INAP, Granada, España, 2005, pág. 460 y ss.

<sup>52</sup> Entiende la doctrina que se trata del acto que se dicta resolviendo la cuestión planteada. Cfr. *Sayagués Laso*, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, 6ª, 1998, actualizada por Daniel H. Martins, Montevideo, Tomo I, pág 404.

<sup>53</sup> Delpiazzo, Carlos E., Panorama General del Derecho Administrativo Uruguayo, en *El Derecho Administrativo iberoamericano*, Director: González –Varas, Ibáñez, Santiago, INAP, Granada, España, 2005, pág. 722 y ss.

*La influencia del derecho procesal administrativo europeo (Francia, Alemania y España) en América Latina con especial referencia al derecho administrativo argentino - Pedro Aberastury*

administrativos a que refiere el artículo 309, estableciendo que el actor podrá optar entre pedir la anulación del acto o la reparación del daño causado por éste.

Por otra parte, es necesario referirse al artículo 319 de la Constitución, que dispone que “La acción de nulidad ante el Tribunal de lo Contencioso administrativo, no podrá ejercitarse si antes no se ha agotado la vía administrativa, mediante los recursos correspondientes. La acción de nulidad deberá interponerse, so pena de caducidad, dentro de los términos que en cada caso determine la ley”, generándose interpretaciones diversas en cuanto a su agotamiento, habiendo la doctrina criticado el sistema<sup>54</sup>.

Otro caso paradigmático lo constituye Paraguay, cuya Constitución de 1870 fue redactada siguiendo los lineamientos básicos de la Constitución Argentina de 1853 pero el legislador, en cuanto al criterio de control, le dio un sentido inverso a lo decidido por el constituyente pues se pretendió instrumentar un sistema híbrido, al crearse el Tribunal de Cuentas por ley del 22 de junio de 1909, en cuanto este órgano, de naturaleza administrativa funcionaba bajo la superintendencia del Superior Tribunal de Justicia<sup>55</sup>. La recepción o influencia del sistema francés tuvo sus consecuencias en el sistema de control paraguayo, en cuanto a la posibilidad de controlar, por parte de un órgano imparcial e independiente, los actos estatales.

La Constitución paraguaya de 1992, actualmente en vigencia, introdujo importantes modificaciones al respecto ya que, en realidad, lo asimiló a un tribunal de justicia en cuanto a la Sala que le correspondía la resolución de los recursos contencioso administrativos, asimilando este término a una acción o demanda propiamente dicha<sup>56</sup>, siendo el pronunciamiento apelable por ante la Corte Suprema de Justicia.

También podemos citar el caso del Perú, en cuanto la Constitución en el art. 148 establece un mecanismo de control judicial de la actividad de la administración por parte de tribunales independientes e integrantes

<sup>54</sup> Durán Martínez, Augusto, *Contencioso Administrativo*, ed. F.C.E. Montevideo, 2007, pág. 500.

<sup>55</sup> Peña Villamil, Manuel, *Derecho Administrativo*, ed. Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción” Biblioteca de Estudios Paraguayos – Volumen 56, Asunción, 1997, Tomo III, pag. 308.

<sup>56</sup> Peña Villamil, Manuel, *Derecho Administrativo*, op. cit., pág. 573. España, 2005, pág. 722 y ss.

*Procedimiento y justicia administrativa en América Latina*

del Poder Judicial que requiere, igualmente encontrarnos frente a un acto administrativo definitivo y que se haya agotado la vía administrativa, causando estado, habiéndose dictado en el año 2001 la Ley Reguladora del Proceso Contencioso Administrativo Nro 27584, estableciendo un plazo de caducidad de tres meses para el inicio de la acción<sup>57</sup>. Sin embargo, el requisito de causar estado, introducido en la constitución peruana de 1979 ha sido criticada por prestigiosa doctrina donde se considera que ello es inconveniente con relación al Derecho a la Tutela Judicial Efectiva<sup>58</sup>, poniendo de manifiesto la influencia del Derecho continental por sobre los Tratados por el autor citado.

Estos ejemplos nos permiten considerar que aún en los sistemas judicialistas puros, donde existe un control pleno de toda la actividad desarrollada por la administración, podemos afirmar junto con Cassagne, que mas allá de los ordenamientos propios de cada país, la defensa de las libertades y el aseguramiento del sistema republicano y democrático, tiene por núcleo a la independencia de los jueces como garantía de los derechos reconocidos en las declaraciones de derechos de las constituciones iberoamericanas<sup>59</sup>.

Para concluir, entonces, la protección de las garantías se logra, además, con la reglamentación de una adecuada claridad respecto a las vías judiciales disponibles. La posibilidad de regular los aspectos aquí considerados en un Código Modelo de la Justicia Administrativa, que ha impulsado el destacado jurista Jesús González Pérez<sup>60</sup>, es necesario para esclarecer estos temas en cuanto a los diferentes modos de acceso y las dificultades que se presentan en la práctica, lo cual ha conseguido ser superado por el sistema alemán a través del principio establecido en el art. 40.1 de la VwGO, garantizando el derecho a la jurisdicción y no colocando *numerus clausus* en cuanto a las pretensiones procesales<sup>61</sup>.

<sup>57</sup> Danós Ordoñez, Jorge, Panorama General del derecho administrativo en el Perú, en El Derecho Administrativo iberoamericano, Director: González –Varas, Ibáñez, Santiago, INAP, Granada, España, 2005, pág. 608.

<sup>58</sup> Huapaya Tapia, Ramón A., Tratado del Proceso Contencioso Administrativo, Lima, Jurista Editores, 2006, pág.439 y ss.

<sup>59</sup> Cassagne, Juan Carlos, El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa, Bs As, ed. Marcial Pons, 2009, pág. 75.

<sup>60</sup> González Pérez, Jesús, Hacia un Código Procesal Administrativo Modelo para Iberoamérica, en La Justicia Administrativa en Iberoamérica, por González Pérez, Jesús y Cassagne, Juan Carlos, Bs As, ed. Lexis Nexis, 2005, pág. 61.

<sup>61</sup> Pielow, Johann-Christian, *El acceso a la justicia administrativa en Alemania*. Revista Jurídica de Buenos Aires, 2004. Ed. Lexis Nexis Abeledo-Perrot, pág. 21

*La influencia del derecho procesal administrativo europeo (Francia, Alemania y España) en América Latina con especial referencia al derecho administrativo argentino - Pedro Aberastury*

## 6. Conclusiones

El control de la actividad de la administración en Latinoamérica, a través de un órgano imparcial e independiente, se encuentra establecido en los Tratados de Derechos Humanos arriba referidos. En general, apreciamos que el órgano imparcial de control se encuentra establecido en los ordenamientos constitucionales latinoamericanos.

Sin embargo, la influencia del sistema francés y del español es indudable, en cuanto a la existencia de una vía previa procedimental para acceder a dicha vía y su resultado se demuestra en las dificultades que ha producido el requisito de la decisión previa, como una dificultad procedimental del ciudadano para sostener su Derecho a la Tutela Judicial Efectiva.

Creemos que el presente análisis es de utilidad para demostrar que el acceso a la justicia ha sido una lucha y en nuestra Latinoamérica ello se ha visto acrecentado por el sistema presidencialista que ha determinado la existencia de dictaduras y el poco respeto a la actividad de control. En aquellos países que se encuentran asistiendo a procesos democráticos duraderos, como en la Argentina, mas allá del acierto o error de sus regímenes jurídicos, cuya apreciación siempre es subjetiva, nos encontramos con que el problema no reside en la reglamentación en si misma sino en las dificultades que representan para el ciudadano común su comprensión para lograr que un órgano independiente controle la actividad de la administración.

Un determinado sistema puede funcionar adecuadamente en un determinado país y no así en otro, por lo que las influencias del Derecho administrativo de los países continentales, motivo del análisis comparativo que se ha realizado, debe efectuarse con los filtros adecuados y con las adaptaciones correspondientes a los ordenamientos constitucionales que los rigen. Esta problemática es propia del Derecho Público y la evidencia de las dificultades de acceso a la instancia independiente de control es indudable.

Se debe, entonces, bregar por el cumplimiento de la finalidad de los Tratados de Derechos Humanos en cuanto el acceso a la justicia debe ser rápido y eficaz. Sin una clara regulación de esta garantía los derechos reconocidos en los ordenamientos constitucionales se transformarán en declamaciones sin efectividad alguna.