

## La codificación del proceso administrativo italiano

POR FRANCO GAETANO SCOCA (\*)

### Resumen

Mediante la sanción del decreto legislativo n° 104 del 2 de julio de 2010 Italia ha puesto en vigencia, desde el 16.9.2010, su primer Código Procesal Administrativo. Hubieron de transcurrir 120 años para que las reglas dispersas e incompletas de la materia, encontraran el marco orgánico imprescindible para sustanciar un proceso justo, impuesto fundamentalmente por el artículo 111 de la Constitución de 1948: imparcialidad del juez, igualdad de las partes y duración razonable del juicio. La independencia de los jueces administrativos (Tribunales Administrativos Regionales y Consejo de Estado) se encuentra garantizada por el control que lleva a cabo el Consejo de Presidencia de la Justicia Administrativa. Su imparcialidad se asegura por las disposiciones sobre excusación y recusación. En cuanto respecta a la igualdad de las partes el Código, en línea con las disposiciones constitucionales y comunitarias, contiene disposiciones que la consagran sin cortapisas. Existen, empero, algunos aspectos que generan reparos. La ausencia del juez hasta la vista de “discusión final” genera el riesgo de que se advierta recién en ese momento que la fase de instrucción está incompleta y que se presenten excepciones que obliguen a retroceder el trámite provocando demoras. Las acciones que puede intentar el actor son: declarativa de nulidad, constitutiva y de condena; correspondiendo resaltar la existencia de disposiciones que habilitan al juez para designar un “comisario” que, en caso de no acatamiento de lo resuelto, procederá a ejecutar la sentencia en forma directa. Se ahorra, de esta manera, el tiempo y los gastos que insume la promoción de un juicio ejecutivo. Conforme lo ha destacado el Consejo de Estado en fecha reciente, el Código ha significado un extraordinario adelanto que deja atrás el juicio limitado a la pretensión impugnatoria de actos oficiales, comprendiendo una pluralidad de acciones, que incluyen las condenas de reintegración y de resarcimiento. Se trata, a no dudarlo, de una profunda y saludable transformación del proceso administrativo acorde a las exigencias de una tutela del ciudadano completa y efectiva.

**Palabras clave:** Proceso administrativo - Italia - Código procesal administrativo

The encoding of the italian administrative process

### Abstract

Through the enactment of the legislative Decree N° 104 on July 2, 2010 Italy has enforced, since September 16, 2010, its first Administrative Procedural Code. It had to pass 120 years so that scattered and incomplete rules of matter find the necessary organic framework to substantiate a fair process, primarily imposed by article 111 of the Constitution of 1948: impartiality of the judge, equality of the parts and reasonable duration of the trial. The independence of administrative judges (Council of State and Regional Administrative Courts) is guaranteed by the control carried out by the Presidency Council of Administrative Justice. Impartiality is ensured by provisions on exculpation and recusal. As regards the equality of the parts, the Code, in line with the constitutional and community provisions, contains dispositions which enshrine it without restrictions. However there are some aspects that generate objections. The absence of the judge till sight of “final discussion” creates the risk of warning at that moment that the preliminary stage is incomplete and it submits exceptions that oblige to roll back the procedure, causing delays. The actions that the actor can try are: declaration of nullity, constitutive and condemnation declaration; corresponding highlight the existence of provisions which empower the Court to assign a “commissary”, who in the case of non compliance of

---

(\*) Profesor ordinario de Derecho Administrativo en la Universidad La Sapienza, Roma. Miembro de la Comisión Redactora del Código sancionado mediante Decreto Legislativo 104/2010. Presidente de la Asociación Italo Argentina de Profesores de Derecho Administrativo.

resolution, will proceed to execute the statement directly. In this way, it saves the time and expense that takes the promotion of an executive process. According the State Council has emphasized recently, the Code has meant an extraordinary advancement that leaves behind the trial that limited pretension of impugnation of official acts, comprising a plurality of actions, including sentences of reintegration and recovery. This is, no doubt, a deep and healthy transformation of the administrative process according to the requirements of a guardianship of citizens complete and effective.

**Key words:** Administrative process – Italy - Administrative Procedural Code

1. En primer lugar quisiera agradecer a las autoridades de la Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata la cordial invitación a colaborar con el presente comentario vinculado con la reciente codificación del proceso administrativo en mi país.

2. Con el decreto legislativo nº 104 del 2 de julio de 2010, que ha entrado en vigor el pasado 16 de septiembre, el proceso administrativo italiano cuenta por fin con su Código, es decir, con una regulación orgánica y suficientemente innovadora; conforme, desde mi punto de vista, a los principios del Estado de derecho y, desde esta perspectiva, al modelo del proceso justo previsto por la Constitución italiana de 1948, modificada en este aspecto en el año 1999, así como por la normativa internacional y comunitaria.

La importancia del nuevo texto legislativo se puede apreciar en su conjunto si se considera que, hasta ahora, la normativa que regulaba el proceso administrativo se encontraba no sólo distribuida a lo largo de fuentes normativas diversas (ni siquiera todas ellas de seguro nivel legislativo) sino que, sobre todo, era extremadamente incompleta.

La explicación de esta situación se puede encontrar solamente desde una perspectiva histórica. El proceso administrativo no ha nacido como tal, es decir, como procedimiento jurisdiccional, sino que había sido concebido por el legislador en el lejano año 1889, como procedimiento administrativo de control de la legitimidad de los actos adoptados por las administraciones públicas; control encomendado a la Sección IV del Consejo de Estado, considerada por su composición y por su prestigio como un órgano independiente e imparcial.

La naturaleza administrativa originaria explica por una parte la escasez de la normativa procesal y por la otra ha permitido encomendar a un órgano imparcial el poder de anular los actos administrativos ilegítimos; poder que, considerada la concepción que se tenía en aquella época del principio de la división de poderes, no habría podido ser atribuido a un órgano no administrativo, y mucho menos a un órgano jurisdiccional.

Antes de finales del siglo XIX el procedimiento ante la Sección IV había sido transformado en un verdadero proceso gracias a la intervención de la Corte de Casación (Tribunal Supremo). El legislador ha tomado buena nota de ello en la primera década del siglo XX (con una ley del 1907), pero no ha decidido modificar la normativa preexistente para adecuarla a la nueva naturaleza procesal del recurso.

Ha sido sin embargo la jurisprudencia de los Jueces administrativos, obviamente en primer lugar la del Consejo de Estado, la que a lo largo de las décadas ha establecido, a través del ejercicio de la actividad práctica, la regulación del proceso. El legislador ha intervenido ocasionalmente, normalmente limitándose a confirmar desde un punto de vista legislativo las reglas que ya se estaban aplicando concretamente en la práctica.

La necesidad de disponer de una normativa orgánica y tendencialmente completa se ha percibido ya desde hace muchas décadas. En varias ocasiones han sido presentados y discutidos proyectos de ley en el Parlamento, pero ninguno de ellos había llegado hasta la aprobación definitiva.

Es comprensible, por lo tanto, la importancia del Código aprobado en el 2010, tras haber transcurrido 120 años desde la introducción en el ordenamiento italiano del juez y del proceso administrativo.

3. No me detengo en los primeros artículos del Código, que aluden a los principios de eficacia, plenitud y celeridad de la tutela de los ciudadanos ante las administraciones públicas, porque éstos representan, en mi opinión, simples criterios interpretativos de la normativa procesal recogida en los artículos sucesivos del mismo Código.

El interés por el estudio de la noción del proceso justo se ha puesto de manifiesto en Italia desde hace mucho tiempo ya, pero se ha intensificado en los años inmediatamente posteriores a la segunda guerra mundial y a la caída del régimen fascista. Para no abusar de la paciencia del lector, me limitaré a referir el modo de pensar de un ilustre italiano estudioso del proceso civil, Piero Calamandrei, quien en el año 1950, afirmaba que:

“la propia estructura del proceso, el funcionamiento del mismo, varía necesariamente según sea la finalidad que le viene asignada: si el proceso tiene que servir solamente para garantizar la paz social, haciendo que finalice a toda costa la contienda con una solución forzosa, cualquier tipo de procedimiento expeditivo, con tal de que cuente con una cierta solemnidad formal que lleve consigo el sello de la autoridad, puede servir a esta finalidad. (...) Pero si se establece como finalidad del proceso, no una resolución autoritaria del litigio cualquiera, sino la decisión del mismo según la verdad y según la justicia, es entonces cuando los mecanismos procesales tienen que adecuarse también a esta búsqueda que es mucho más delicada y profunda; y el interés del proceso se concentra en los métodos de tal búsqueda, y profundiza, sin darse por contento de las formas externas, en los sutiles meandros lógicos y psicológicos de la mente a la que esta búsqueda viene encomendada” (Calamandrei, 1950: 283) (1).

El proceso justo es el que conduce a descubrir la verdad y a afirmar la justicia. Para lo que son necesarias dos reglas fundamentales, que ahora se encuentran expresamente recogidas en el art. 111 de la Constitución: la imparcialidad del juez y la igualdad de las partes. A ello es posible añadir la duración razonable del proceso.

Indicaré brevemente si y cómo estas reglas se respetan en el proceso administrativo.

4. Por lo que respecta a la imparcialidad del juez, es necesario decir que se trata de una condición mental, de un principio ético que corresponde a la conciencia del mismo. Esta puede ser ayudada (o, quizás, garantizada) por las normas instrumentales relativas a la independencia del órgano que juzga y por el carácter de tercero imparcial de los jueces considerados como personas, con respecto a la controversia en cuestión.

No obstante la existencia de algunas dudas acerca de antiguas tradiciones, como el nombramiento por el gobierno de una parte de los Consejeros de Estado o la atribución al Consejo de Estado de la función de asesoramiento del Gobierno junto con la función jurisdiccional (ambas consideradas irrelevantes por la Corte Constitucional), es posible afirmar que la independencia de los jueces administrativos en Italia se encuentra plenamente asegurada; sobre todo porque los mismos están “gobernados” por un órgano propio de autogobierno, el Consejo de Presidencia de la Justicia Administrativa.

A su vez el carácter de tercero imparcial queda garantizado por las disposiciones acerca de la excusación y la recusación de los jueces, perfeccionada por el Código. Alguna duda podría presentarse en el caso en que los jueces administrativos, tanto del Consejo de Estado como de los Tribunales Administrativos Regionales, obtuviesen con facilidad y frecuencia cargos dentro de las administraciones públicas, es decir, ante posibles partes de los procesos que les vienen encomendados.

Entre los expertos del proceso civil en Europa se discute acerca del papel que el juez tiene que desempeñar en el proceso; rol que puede quedar limitado a la dirección formal del mismo o bien

(1) Calamandrei, Piero. “Proceso y justicia”, en: Revista de derecho procesal, 1950: 283.

puede extenderse a la gestión racional según las exigencias procesales concretas. La orientación más moderna parece ser en la segunda dirección, también por lo que respecta al proceso civil italiano, si se tienen en consideración las reformas legislativas introducidas recientemente.

Sin embargo en el proceso administrativo se ha mantenido el papel del juez tradicional: los roles activos se asignan prevalentemente a las partes, a las que compete iniciar y dar impulso a la actividad de instrucción y de decisión. Es el juez quien toma las decisiones en el juicio por lo que respecta a la vista cautelar y quien establece los medios probatorios, en el caso en que éstos no se encuentren a disposición de la parte a quien podrían ser útiles; es decir, para garantizar la igualdad de las partes también en el aspecto probatorio.

5. Por lo que respecta al juez administrativo, es necesario aludir también a algunos principios directamente previstos por el texto constitucional: el art. 25 establece que a nadie le puede ser negado el juez ordinario predeterminado por la ley; el art. 101 afirma que los jueces se encuentran sometidos solamente a la ley. Estos principios son respetados por la normativa procesal en vigor; el art. 111 impone que todas las decisiones judiciales sean motivadas.

La Constitución establece el ulterior principio por el que todos pueden acudir al proceso para la tutela de los propios derechos e intereses legítimos; es decir, establece el principio de la generalidad de la tutela judicial: toda controversia tiene que poder ser presentada ante un juez independiente e imparcial.

Este principio fundamental adolece por otra parte de algunas excepciones marginales aunque no irrelevantes. Existen controversias, como las relativas a los actos del procedimiento preparatorio de las elecciones políticas (presentación y admisión de las listas; presentación de los candidatos), que no cuentan con una sede judicial ante la que puedan ser juzgadas y resueltas.

Continúan a ser presentes en nuestro ordenamiento también elementos de autodiquía: ambas Cámaras del Parlamento, la Corte Constitucional y, recientemente, también la Presidencia de la República gozan de este privilegio que, según la opinión de muchos, es contrario a la Constitución que prohíbe la existencia de jueces especiales. Por otra parte es discutible que los órganos de autodiquía, aunque tengan naturaleza jurisdiccional (y no todos disponen de ella) den garantía de independencia e imparcialidad.

A los procesos de autodiquía no se aplica el Código del proceso administrativo; cada uno de ellos queda regulado por normas especiales, aprobadas en el ámbito de los respectivos aparatos organizativos.

6. Por lo que respecta a la igualdad de las partes, es decir a la misma posibilidad de incidir sobre la convicción del juez, el Código contiene una normativa satisfactoria.

En primer lugar, innovando respecto a la tradición, ha considerado admisibles todos los medios de prueba recogidos en el proceso civil, salvo el interrogatorio formal y el juramento. Superando una fuerte idiosincrasia del juez administrativo ha sido también admitida la prueba testimonial, aunque sea por escrito.

Anteriormente tanto la doctrina como la jurisprudencia mayoritarias consideraban que en el proceso administrativo no era aplicable el principio de la carga de la prueba, según el cual "quien pretende hacer valer un derecho en un juicio tiene que probar los hechos que del mismo constituyen su fundamento" (art. 2697 Código Civil). Se consideraba aplicable la norma diversa del principio de la carga de la prueba, según la cual la parte actora (o recurrente) tenía que alegar los hechos principales, es decir, los que había que probar, pero no los hechos secundarios, es decir, aquellos que llevaban a la prueba de los hechos principales. De la actividad probatoria verdadera se tenía que ocupar el juez, el cual en efecto, según la conocida definición de Mario Nigro, era el señor de la prueba.

El Código, en mi opinión, ha cambiado dirección, afirmando también en el proceso administrativo el principio de la carga de la prueba y asignando al juez una tarea simplemente de tipo subsidiario y excepcional.

Ha sido introducido también en el proceso administrativo el principio de “no oposición”, según el cual hay que probar únicamente los hechos a los que se oponen las contrapartes presentes en el proceso.

Ha sido además resuelto de modo adecuado el problema que aparece bajo la denominación de “tercera vía”: si el juez decide establecer como fundamento de su decisión una cuestión o una tesis no argumentada por las partes, tiene que indicarla en la vista para permitir la intervención de las mismas. Con ello se ha dado eficacia por completo al principio del contradictorio.

En definitiva la normativa del Código se encuentra perfectamente en línea con las disposiciones constitucionales y comunitarias que imponen la paridad efectiva de las partes en la dialéctica procesal.

7. En mi opinión es precisamente la estructura del proceso la que puede no dejar completamente satisfecho. El Código se ha inspirado en la exigencia de conservar la estructura tradicional muy sencilla, según la cual el proceso no se subdivide en las fases de preparación, de instrucción y de decisión; no se han previsto términos intermedios ni impedimentos, ni tampoco el nombramiento de un juez instructor.

La sencillez de los trámites procesales supone seguramente un elemento positivo, que evita excesos y lentitudes, pero puede provocar inconvenientes. Hay que considerar que el juez normalmente está ausente del proceso hasta el nombramiento del relator, que puede tener lugar incluso treinta días antes de la vista de “discusión”, es decir, de la vista final, y normalmente única, de cierre del proceso. Además el término para que se personen las partes emplazadas, o sea, la administración demandada en el juicio y los interesados, es meramente ordenatorio; de modo que tales partes se pueden personar y presentar sus líneas defensivas también con ocasión de la vista final.

Por lo tanto el proceso no se encuentra activo hasta la fase de la decisión. Y de este modo se corre el riesgo (y el riesgo no es teórico) de que en la vista de “discusión” final sea evidente que la fase de instrucción está incompleta o de que se deba asistir a la presentación de excepciones prejudiciales de carácter procesal o preliminares de carácter material, que habrían tenido que presentarse al principio y no al final del proceso.

Por tanto la sencillez de la estructura procesal, si bien normalmente es una virtud, con frecuencia puede convertirse en un defecto debido al aumento de la duración del proceso, en lugar de su disminución.

8. En un Estado de Derecho el modelo del proceso justo tiene que permitir dar a la parte actora todo aquello que la ley le concede de conformidad con el derecho material. Esta fórmula, elaborada a inicios del siglo XX por otro gran estudioso italiano de derecho procesal, Giuseppe Chiovenda, conlleva que el proceso venga regulado de modo eficiente.

El tema se refiere especialmente a las acciones que se pueden ejercitar: uno, quizás el principal, de los criterios de la ley de delegación (ley nº 69 de 2009), en base a la cual el Código ha sido aprobado por el Gobierno, establece que en el proceso administrativo se tienen que poder ejercitar acciones declarativas, constitutivas y de condena idóneas a satisfacer las pretensiones de la parte vencedora.

En la normativa del Código, junto a la acción originaria de anulación de los actos ilegítimos, al lado de la acción de resarcimiento introducida a finales del siglo XX y de la acción contra el silencio, han sido introducidas la acción declaratoria de nulidad y, sobre todo la acción de condena “a la adopción de las medidas idóneas para tutelar la situación jurídica subjetiva que se infiere del proceso” (art. 34, punto 1, letra c).

No se ha llegado aún a la afirmación de la atipicidad de la acción, según la cual se puede pedir al juez, más allá de la clasificación por tipos, todo tipo de decisión que venga considerada útil para la completa tutela de los derechos y de los intereses legítimos, pero se ha llegado muy cerca. Sin duda, aunque sea de formas diversas, existe ya en el ordenamiento italiano, como desde hace tiempo se encuentra también presente en el ordenamiento alemán, la denominada acción de cumplimiento: el juez, en caso de inactividad de la administración, puede pronunciarse sobre la pretensión del ciudadano que se ha quedado sin respuesta, no sólo cuando se trate de actividad reglada, sino también cuando no existan ulteriores márgenes de ejercicio de la discrecionalidad por parte de la administración.

Un ulterior refuerzo de la tutela ha sido garantizado por la disposición que permite al juez establecer las medidas idóneas para asegurar la ejecución de las sentencias firmes y, en concreto, la posibilidad para el mismo de nombrar también en sede de juicio de cognición (y no de ejecución) el comisario ad acta; éste, una vez que haya transcurrido el término específico concedido a la administración para acatar espontáneamente la sentencia, procederá a ejecutar esta última coactivamente.

Por lo tanto ya no es necesario recurrir, tras la sentencia favorable, al juicio ejecutivo; y por ello se ahorra tiempo y también dinero; visto que las contribuciones a la justicia han sido elevadas.

9. Por lo tanto, y desde el punto de vista de la plenitud y de la efectividad de la tutela, el Código ha aportado considerables novedades positivas, que la jurisprudencia parece acoger sin dificultad.

Considero útil, a tal propósito, recoger algunas frases de los considerandos de una sentencia muy reciente de la Adunanza Plenaria (Reunión Plenaria) del Consejo de Estado, que perfilan el modo en que el juez administrativo considera la nueva normativa del proceso (sent. 23 de marzo de 2011, n° 3): el Código,

“...llevando a buen fin un prolongado y constante proceso de evolución trazado por el legislador y por la jurisprudencia, amplía las técnicas de tutela del interés legítimo mediante la introducción del principio de la pluralidad de las acciones. En efecto, han sido añadidas a la tutela de anulación la tutela de condena (al resarcimiento y a la reintegración ex art. 30), la tutela declarativa (cfr. la acción de nulidad del acto administrativo ex art. 31, punto 4) y, en el procedimiento en materia de “silencio-incumplimiento”, la acción de condena “publicista” a la adopción del acto (la denominada acción de exacto cumplimiento), con la comprobación previa también, en los casos en que ello sea posible, del carácter fundado de la demanda presentada en el proceso (art. 31, puntos 1 a 3)”

Continúa la sentencia:

“...por otra parte hay que poner en evidencia que el legislador, aunque sea de modo no explícito, ha considerado que se puede ejercitar la acción de condena encaminada a obtener la adopción del acto administrativo solicitado, incluso ante una disposición expresa de rechazo y siempre y cuando no lo impida la presencia de elementos de discrecionalidad administrativa y técnica. Ello se puede inferir de cuanto ha sido establecido por los artículos 30, punto 1, que se refiere a la acción de condena sin una tipificación de los relativos contenidos (sobre la atipicidad de tal acción incide el informe del gobierno que acompaña al código) y 34, punto 1, letra c), en el que se afirma que la sentencia de condena tiene que establecer la adopción de medidas idóneas para tutelar la situación subjetiva que emerge del proceso (cfr., ya por lo que respecta a la situación normativa anterior, Cons. Estado, secc. VI, 15 de abril de 2010, n° 2139; 9 de febrero de 2009, n° 717)”

Por lo que:

“...en definitiva el planteamiento del código, coherentemente con el criterio de la delegación establecido en el art. 44, punto 2, letra b, n. 4, de la Ley de 18 de junio de 2009, n° 69, ha superado la tradicional limitación de la tutela del interés legítimo únicamente al modelo impugnatorio, admi-

tiendo el ejercicio de acciones cuya finalidad es conseguir resoluciones declarativas, constitutivas y de condena idóneas a satisfacer las demandas de la parte victoriosa”.

Es posible concluir diciendo que el Código ha determinado la profunda transformación del proceso administrativo, antes forzado dentro del esquema de la acción impugnatoria con la eventual añadidura no autónoma de la acción de resarcimiento, en un instrumento de tutela de amplio espectro, que no tiene ya como objeto sólo el acto administrativo sino que permite al juez indagar sobre el conjunto de las relaciones entrelazadas que existen entre los ciudadanos y las administraciones públicas, con poderes de cognición y de decisión adecuados a las exigencias de una tutela completa y efectiva.