

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



LA LEGISLACIÓN ITALIANA SOBRE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA*

MASSIMO SEVERO GIANNINI**

1. El conjunto de los institutos jurídicos dirigidos a la tutela de las situaciones subjetivas de los ciudadanos en relación con los poderes públicos, en Italia ha recibido el nombre "justicia administrativa", nombre que no tiene parangón en los lenguajes jurídicos de otros países, en los que se utilizan locuciones más apropiadas al menos desde el punto de vista jurídico. "Justicia administrativa" no es, en realidad, una noción jurídica, si no la adaptación en jerga de un *slogan* político, aquel de "justicia en la administración", que algunos grupos de liberales y de liberales democráticos introdujeron en los años setenta del siglo pasado, para indicar la finalidad de la campaña política que habían emprendido para lograr jurisdiccionalizar la tutela de los intereses legítimos y que desembocó, en el sucesivo decenio, en la creación de las Secciones jurisdiccionales del Consejo de Estado y en la atribución de funciones jurisdiccionales a las Juntas provinciales administrativas.

Hoy, después de más de ochenta años de aquellos acontecimientos, la "justicia administrativa", en Italia, está compuesta de varias partes así constituidas: a) algunos procedimientos administrativos de segundo grado, de impugnación de actos de órganos de administraciones públicas ante otros órganos administrativos llamados, corrientemente, recursos administrativos y científicamente procedimientos contenciosos o bien, recientemente, procedimientos administrativos de justicia; b) por la jurisdicción administrativa, que comprende los Tribunales administrativos regionales de primer grado, por las Secciones jurisdiccionales IV, V y VI del

Consejo de Estado y por órganos atípicos, como el caso del Consejo de Justicia Administrativa de la Región siciliana; c) por la jurisdicción contable; hoy constituida por las Secciones jurisdiccionales de la Corte de Cuentas; d) por el especial régimen de las atribuciones jurisdiccionales de la jurisdicción ordinaria en relación con la administración pública; e) por algunas jurisdicciones especiales, como la indicada Corte de Cuentas, los Tribunales de las aguas, algunos consejos nacionales de órdenes profesionales, que aún existen a pesar que la disposición VI transitoria de la Constitución había dispuesto su eliminación; y, f) por la Corte de Casación como jueza de las cuestiones de jurisdicción. Ya no se acostumbra tratar como pertenecientes a la justicia administrativa aquellos órganos del contencioso y de las jurisdicciones tributarias, que han llegado a constituir en sí mismo un sector y tampoco vienen tratados como tales, nunca lo fueron, los órganos jurisdiccionales no estatales ante los cuales las administraciones públicas pueden o no ser parte, tales como las jurisdicciones internacionales, comunitarias, las comisiones arbitrales, etc.

No obstante la compleja descripción que se ha hecho la justicia administrativa es hoy mucho más simple de aquella anterior a 1941, época en que existían centenares de órganos jurisdiccionales especiales y de órganos administrativos contenciosos y cuando existían muchísimos problemas de aplicación aún abiertos. Con todo ello el conjunto de los institutos de justicia administrativa, en la forma que existe en Italia, constituye un contexto que puede ser considerado entre los más compli-

* Traducción de Mario Granados Moreno y Álvaro Fernández Silva. Abril 1986.

** Profesor.

cados del mundo entero, no tanto por el número de los órganos y por la variedad de los procedimientos y de los procesos (que, por ejemplo en los ordenamientos inglés y norteamericano es mayor que en Italia) cuanto por sus características estructurales de conjunto, que hacen su funcionamiento de difícil maniobra y crean estrangulamientos no superables.

Lo anterior se deriva de razones históricas, por cuanto el contenido de la justicia administrativa de hoy se formó por episodios seguidos en el tiempo, cuyos directores fueron legisladores normalmente desprevenidos o tímidos. Ello es lo que de seguido pasamos a demostrar, en forma breve.

2. Antes de la formación del Estado italiano la situación era la siguiente: Las legislaciones de algunos Estados tenían instrumentos elementales de justicia administrativa, constituidos por recursos administrativos, regulados de manera rudimentaria; así El Reino Lombardo Veneto, el Ducado de Módena, el Estado pontificio; en estos Estados no era posible acción alguna ante un juez contra las administraciones públicas, en aquellas materias regidas por el Derecho Público. Ello en cambio sí era posible en el Gran Ducado de Toscana, cuya legislación conocía bastantes figuras de recursos administrativos y tenía varios órganos administrativos contenciosos, como los Consejos de Prefectura, el Consejo de Estado, y la Corte de Cuentas. Similares fueron las legislaciones de Parma y de Nápoles, así como la del Reino de Cerdeña. El Ducado de Parma había conservado el Consejo de Estado del periodo napoleónico; en el Reino de Nápoles de 1817 estuvo vigente un sistema de recursos ante órganos administrativos contenciosos, como los Consejos comunales electivos, los Consejos de Intendencia, la I Cámara de la Gran Corte de las Cuentas (del contencioso administrativo); era necesaria la aprobación real para ser ejecutivas las decisiones de los órganos contenciosos administrativos.

La legislación del Reino sardo piamontés constituye el antecedente inmediato de la legislación italiana. Había sido reformada con R.D. 30 octubre 1859, con base en plenos poderes, después de haberse producido un debate de cerca de diez años, y contemplaba los Consejos de Gobierno, para las materias locales; el Consejo de Estado (Sección

del contencioso administrativo), la Corte de las Cuentas (para la materia contable). Esta última para algunos era ya una jurisdicción especial, en tanto que se mantenía la duda sobre la jurisdiccionalidad de las atribuciones del Consejo de Estado por cuanto éste no juzgaba como juez de alzada: se trataba de aquellas materias que después vendrían conformadas dentro de la jurisdicción de mérito (controversias en materia de deuda pública, de embargos de temporalidades y otras).

Por ende, en síntesis, tres de los Estados italianos adoptaban aquello que fue denominado el sistema de la justicia retenida, tres aquello que era definido como el sistema de los tribunales del contencioso administrativo y uno, Toscana, el último sistema pero con una más amplia atribución de competencias a la autoridad judicial ordinaria, por lo que este último podía ser considerado el más avanzado.¹

Debemos tener claro que hablar, respecto de aquellas legislaciones, de un "sistema" hoy parece impropio, por ser las mismas nada más conjunto de institutos en los cuales lo que predominaba era más bien la confusión. Así como hoy permanece el eco de la crítica de los liberales, a partir de la mitad del siglo pasado en adelante, consideramos casi abominable el "sistema" del contencioso administrativo. En realidad el juicio es errado, porque el pasar del sistema de la justicia retenida a aquel de contencioso administrativo fue un efecto de una difícil conquista lograda por los propios liberales: el primero pertenece a aquellas constituciones estatales que no adoptan el principio de la división de los poderes, y no conocen derechos subjetivos de los ciudadanos en sus relaciones de Derecho Público con los poderes públicos, por lo que la tutela de los intereses del Privado queda confiada a la benevolencia del soberano, y por ello a la burocracia.

El segundo en cambio es un sistema que aparece inserto sobre todo en Estados cuyas constituciones adoptan el principio de la división de poderes. Históricamente se ha dado, inclusive en Estados absolutos (por ejemplo el Reino de Nápoles), pero sus más elaboradas estructuras se encuentran en Estados de derecho, bastando considerar cómo ello haya continuado subsistiendo en

1. Sobre la normación de los Estados preunificados véase Schupfe, *Los precedentes históricos del Derecho Administrativo vigente en Italia*, en Tratado Orlando I, para los lineamientos generales. Específicos sobre los institutos que luego se dirán de justicia administrativa, los capítulos históricos en las obras de A. Salamandra, *La justicia administrativa en los gobiernos liberales*, Turín 1904; F. Mortata, *Comentario del código y de las leyes de procedimiento civil*, Milán 1923; F. Cammeo, *Comentario de las leyes de justicia administrativa*, Milán 1903.

ordenamientos positivos aún después de la jurisdiccionalización de la tutela de los intereses privados contra los poderes públicos y cómo, en países como Inglaterra y los Estados Unidos, constituye hasta hace poco un instrumento muy importante para la tutela de los privados frente a los poderes públicos.²

Existe más bien una precisa justificación teórica del sistema del contencioso, en aquello que ha sido llamado la autotutela ("autodické"); de acuerdo con una de las interpretaciones del principio de la división de los poderes, el poder gubernativo-administrativo estaría facultado para juzgar por sí mismo sobre sus propias controversias, en cuanto a las mismas conlleven valoraciones de intereses públicos. Por lo tanto si el mismo instituye en su propia organización órganos ad hoc, relativamente o los más independientes posibles, absuelve de manera adecuada esa incumbencia propia. En efecto los órganos del contencioso administrativo llegaron a ser llamados "tribunales" y aún hoy las "comisiones" del ordenamiento estadounidense son "autónomas" y casi "jurisdiccionales".

3. En el momento de la constitución de Italia en Reino, los gobiernos provisionales suspendieron doquier los institutos de justicia retenida, y adoptaron, con adaptaciones, aquellos de los tribunales del contencioso administrativo. A Lombardía, a Emilia y a las Marcas se extendió la legislación sardo piamontés, y a Umbria y Romagna, la toscana; en el Mediodía permaneció la legislación precedente. La legislación toscana ganaba el "premio".³

Se abrió inmediatamente el debate para la unificación legislativa, y fue un debate, vivo, en algunos también profundo, en los cuales el punto de convergencia fue aquel que podría ser llamado el vuelco de la interpretación del principio de división de los poderes: la autotutela era una burla, ya que la falta de independencia efectiva del órgano juzgador y la falta de garantías procesales para las partes privadas, la vaciaba de contenido. Es necesario entender, en cambio, el principio de división de los poderes en el sentido de que no podía ser sustraído al Poder Judicial aquello que le pertenecía, o

sea el conocimiento de las controversias entre poderes públicos y privados, teniendo por objeto actos y relaciones de Derecho Público. Por otra parte, teniendo cada poder ámbito exclusivo de potestades propias, se necesitaba dar contenido a los poderes del juez, en relación con los otros poderes, y viceversa.

Si sobre esta interpretación constitucional había convergencia, las alternativas eran dos: constituir un juez especial o atribuir las controversias al juez ordinario; la primera y segunda alternativas podían sin embargo ser ulteriormente subdivididas: juez especial o juez ordinario con jurisdicción sobre cualquier tipo de controversia, o bien con jurisdicción limitada a las controversias concernientes sólo a algunas situaciones jurídicas subjetivas (especialmente aquellas de Derecho subjetivo), en tal hipótesis se tendría que encontrar otro juzgador para las controversias concernientes a las otras situaciones jurídicas subjetivas. Se hace mención a que el debate no se desarrolló con esta claridad posterior, no existiendo praxis, ni reflexión, sobre las jurisdicciones administrativas.

Históricamente las tesis que efectivamente se enfrentaron se redujeron a dos, en el sentido de que todos estaban de acuerdo en atribuir al juez ordinario las controversias concernientes a los derechos subjetivos; algunos, sin embargo, suprimiendo los tribunales del contencioso y otros manteniéndolos para las controversias que no concernían derechos subjetivos sino únicamente como se decía, los intereses individuales de los sujetos lesionados por actos de los poderes públicos. Si se adoptaba la primera tesis, las controversias concernientes a intereses individuales no podían ser disciplinadas sino por institutos de justicia retenida, esto es por recursos administrativos: pero aunque se quisiese perfeccionar y dar más garantías en los procedimientos de segundo grado, relativos a estos recursos, siempre se habría permanecido en el campo de la justicia retenida, que por otro aspecto todos vituperaban como cosa del Estado absoluto. Fueron los meridionales, en particular los sicilianos Córdoba y Crispi, quienes más claramente advirtie-

2. La situación del Derecho positivo en la mayor parte de los países europeos está expuesta en *El control jurisdiccional de la administración pública*, Turín 1971.

3. La interpretación de la legislación de unificación y variaciones en el tiempo, en razón de las interpretaciones políticas. Es interesante confrontar los autores citados en la nota 1 con los tratadistas sucesivos, como por ejemplo O. Ranalletti, *Las garantías de la justicia en la administración pública*, Milán 1934 y G. Zanobini, *Curso de Derecho Administrativo*, II (La justicia administrativa), Milán 1958, y los más recientes, como C. Mie, *La justicia administrativa*, en *Actos del Congreso del centenario de las leyes administrativas de unificación, la justicia administrativa*, Vicenza 1968 (el volumen que reúne los estudios presentados al Congreso, sobre los diferentes aspectos de la justicia administrativa).

ron que la pura y simple supresión de los tribunales del contencioso administrativo habría creado un vacío de tutela de las situaciones jurídicas subjetivas distintas de los derechos subjetivos.

Los proyectos presentados por el Gobierno eran todos inspirados en la primera tesis (Minghetti, 1861; Peruzzi, 1863; Lanza, 1864); más bien emergió la preocupación de la tutela de la independencia del poder gubernamental y administrativo (ejecutivo, siguiendo el orden conceptual de entonces) contra el Poder Judicial, al punto de que todos los proyectos contenían fuertes limitaciones a los poderes de los jueces, en relación con los de las autoridades administrativas. Esto es, paradójicamente se pensaba en la atribución de la jurisdicción al juez ordinario, pero se le daban poderes menores de aquellos que tenían los tribunales del contencioso administrativo, de los cuales al mismo tiempo se quería la supresión. El evento constituye uno de los ejemplos más interesantes de la incoherencia con la cual donde nosotros, históricamente, realizamos la ideología liberal.

De todos modos, el Parlamento tuvo largas discusiones, pero no hubo modo de concluir las, porque la ley sobre plenos poderes para la unificación administrativa facultó al Gobierno a emanar, mediante reales decretos, los actos normativos necesarios, tomando los diversos proyectos así como se encontraban en conocimiento de las cámaras del Parlamento. Fue así que el alegato E. del R.D. del 20.3.1865 n. 2248 vino a constituir la ley "sobre la abolición del contencioso administrativo", y colocó al país sobre un camino defectuoso e inadecuado, con consecuencias que todavía hoy día se sufren y quién sabe por cuánto más se sufrirán.

Los intérpretes, en efecto, entienden esta ley fundamental como aquella que ha introducido en Italia el sistema "belga",⁴ o, que es lo mismo, que ha perfeccionado el sistema toscano, de la atribución al juez ordinario de la jurisdicción sobre las controversias de Derecho Público, entre poderes públicos y otros sujetos (aquellos convencionalmente llamados "privados", y en realidad también otros entes públicos, como el Estado, un ente nacional, contra un municipio, o viceversa, y así sucesivamente). La realidad fue, y en parte todavía lo es, muy distinta.

Bien considerado luego de la normativa de 1865, se tuvo en Italia un "sistema" que podría ser llamado compuesto. Una parte de las controversias entre poderes públicos y privados, concerniente a cuestiones de Derecho Público, fue efectivamente jurisdiccionalizada, y atribuida al juez ordinario; en aquella concerniente a la tutela de derechos subjetivos; correlativamente fueron suprimidos algunos tribunales del contencioso, como aquellos del consejo de gobierno y el consejo de intendencia. También las controversias de competencia de la Corte de Cuentas, luego la L. 14.8.1862 n. 800, fueron jurisdiccionalizadas. Por otra parte, en cambio, sobrevivieron órganos administrativos contenciosos, como los Consejos de Prefectura, para las cuestiones de responsabilidad contable de los administradores de entes locales, el Consejo de Estado (para las atribuciones contenciosas que tenían en el ordenamiento piemontés), y algunos órganos tributarios, los consejos de alistamiento, etc. Por otra parte en fin permanecieron institutos de justicia retenida, como los recursos administrativos, y, sobre todo, el recurso al Rey; la abolición de los tribunales del contencioso administrativo amplió, es más, el ámbito de esta parte, como habían visto exactamente aquellos que querían que tales tribunales permaneciesen, coexistiendo con los jueces ordinarios para la tutela de los intereses individuales. Los contemporáneos y futuros rechazaron el encaje de estos institutos en la justicia retenida, observando que se estaba ya en el Estado de derecho y que los procedimientos administrativos mediante los cuales se expedía la tutela de los intereses individuales eran procedimientos como todos los otros, o sea no se trataba más de procedimientos de gracia, con procedimientos "graciosos",⁵ como por el contrario era en el Estado absoluto. Tesis en verdad, de poco agarre porque es obvio que en un ordenamiento estatal ordenado según principios distintos de aquellos del Estado absoluto también los procedimientos administrativos —y en general las instituciones jurídicas— vinieran todas modificadas. Pero aquello que caracteriza los modos de tutela de las situaciones subjetivas está constituido por las varias intensidades de las garantías procedimentales que se reconocen al privado actor, frente al poder público convenido resistente. Si la jurisdiccionalización de la tutela ofrece la plena garantía

4. Sobre este sistema ver ahora M. Somehansen, en *El control jurisdiccional*, citado en la nota 2.

5. Tómese en cuenta que se utiliza una terminología moderna, pues a la sazón la noción de procedimiento administrativo era desconocida.

propia de los procesos civiles o penales, los órganos del contencioso administrativo ofrecían y ofrecen garantías menores por la falta de independencia de los juzgadores, mientras los recursos administrativos, o, más exactamente, los procedimientos administrativos contenciosos, en aquel tiempo no ofrecían ninguno, el recurso siendo decidido cuándo y cómo se quería y a veces archivado. Se requerirá esperar a este siglo a fin de que algunas garantías indirectas y menores vengan, por obra laboriosa de la jurisprudencia, reconociendo al recurrente en recurso administrativo. Solo cuando estas garantías serán introducidas, los procedimientos de comentario cesarán de ser adscritos entre los institutos de justicia retenida.⁶

Con esto hemos venido también a decir que cada una de las tres partes que constituían el sistema compuesto siguió sus propios asuntos, que fueron de desarrollo evolutivo para los órganos del contencioso y para la justicia retenida, pero de involución para la jurisdicción ordinaria.

4. Que la normativa del 1865 fuera de ámbito limitado se vio inmediatamente. Establecer qué cosa exactamente acaeció en los doce años que transcurrieron entre 1865 y 1877 (año en el cual la competencia sobre los conflictos pasó a la Corte de Casación de Roma, con la L. 31.3.1877 n. 3761),⁷ y luego en los once años sucesivos entre 1877 y 1889 (cuando entró en vigor la Ley 30.12.1888 n. 5865, sobre el Consejo de Estado), sería todavía queriendo decir operación desenvuelta. Que el confín entre derechos e intereses (individuales) no fuera claro, se sabía ya de las discusiones sobre los proyectos Minghetti e Peruzzi; es un hecho que a las primeras acciones propuestas por ciudadanos en materia de "derechos" de libertad, los jueces respondieron o que no se trataba de derechos subjetivos, o que de frente a la potestad que las normas de seguridad pública atribuían a la autoridad administrativa ellos no podían ser tutelados. Más titubeantes las respuestas en materia de "limitaciones" a los derechos de propiedad privada, y de procedimientos en materia sanitaria y de construcción. Por demás en los primeros doce años entró en escena el Consejo de Estado, en dos modos: con las decisiones sobre aquello que llamaban el

conflicto de atribuciones, que hasta el año 1877 le correspondía; y con las opiniones sobre los recursos al Rey. En los conflictos de atribuciones estaban entonces comprendidas también las cuestiones atinentes a la jurisdicción, en modo directo o indirecto; el Consejo de Estado no dudó en retener materias atinentes a intereses individuales, casi todas las materias de la faja gris que le habían sido sometidas, negando así la tutela jurisdiccional. En los pronunciamientos sobre recurso ante el Rey buscó de contrabalancear cuanto hacía robando provincias a los jueces, esforzándose por ponerse en posiciones de garante de los intereses individuales de los privados.⁸ Después de 1877, pasada la materia de resolución de conflictos a la Corte de Casación de Roma, no hubo sustanciales mejoras en el sentido de clarificación; la Corte romana en efecto acogió casi integralmente las tesis de la "Procuraduría del Estado, que se basaban sobre todo en la proposición que frente a las potestades discrecionales de la administración no hay derechos subjetivos; por lo tanto más atrasadas de aquellas de los jueces ingleses, los cuales al menos reconocían que el Derecho subjetivo existía, solamente que agregando que no podría existir control sobre el poder discrecional de la autoridad. En verdad otras Cortes de casación del Reino tuvieron juicios jurisprudenciales más abiertos; pero el resultado global fue que la jurisprudencia del juez ordinario se enmarañó en mezclas ambiguas, de las cuales no salió jamás. Hoy todavía se discute sobre esas ambigüedades que la misma creó, las que acarrearán frente al país una grave responsabilidad histórica.

La marginación del juez ordinario, fruto del concurso del Consejo de Estado, de la Procuraduría General de la República y de los mismos jueces, hizo así que la mayoría absoluta de las controversias entre privados y poderes públicos venía a caer en la zona de la justicia retenida. Se ha dicho que los procedimientos administrativos contenciosos no contemplaban, entonces, ninguna garantía para el recurrente; también para el recurso ante el Rey, era el ministro quien decidía si mandarlos adelante; los aparatos administrativos eran decadentes y corruptos; la base política una de las más

6. Para la historia de la disciplina de los recursos administrativos, ver V. Bachelet, *Los recursos administrativos* en el volumen citado en la nota citada.

7. Respecto de esta ley mantiene su importancia la obra del G. Mantellini, *Los conflictos de atribución en Italia después de la ley de 1877*, Florencia 1878.

8. Ver sin embargo la I parte de la voz, *Jurisdicción administrativa* (M.S. Giannini); A. Piras (Enciclopedia del Derecho).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ineptas de la historia de Italia. La zona de la justicia retenida era entonces dominada por el arbitrio. Fue en tal perspectiva que en 1883, Crispi volvió a la idea de dieciocho años antes, de reconstruir tribunales del contencioso administrativo, presentando a la Cámara un proyecto suyo en tal sentido.

Luego de otros proyectos, y luego de una encendida acción de convencimiento de la opinión pública, conducida principalmente por Silvio Spaventa,⁹ pasados otros cinco años, se llegó a la Ley 1888 n. 5865, que luego se unió en el más conocido Texto Único 10.2.1889, n. 5921: se instituyó la Sección IV del Consejo de Estado, como juez de las controversias relativas a los "intereses individuales". El año siguiente la L. 1.5.1890, n. 6837 atribuía a las Juntas provinciales administrativas el conocimiento de algunas controversias entre los particulares y algunos entes locales, como los municipios, provincias, obras pías; la Junta decidía cuál órgano de primera instancia, con apelación para ante la IV Sección del Consejo de Estado.

Si estos órganos tuvieran naturaleza jurisdiccional o naturaleza administrativa, en cuyo caso deberían considerarse órganos del contencioso administrativo, fue cuestión que de inmediato dio lugar a discusión. Todavía, en aquella época, la teoría formal sustancial de la organización del Estado no se había difundido, como luego sucedió por obra de Orlando y sus alumnos; de otro lado los nuevos órganos se presentaban como anormales respecto al modelo del órgano jurisdiccional no solamente por no pertenecer al Poder Judicial, sino también porque no juzgaba sobre derechos, sino que sobre intereses individuales; a quien hacía alusión al juez penal que tampoco juzgaba sobre derechos, como modelo se le contestaba que estos órganos actuaban por petición de parte porque no era posible hacer alguna analogía. La teoría de Maggiori (Orlando, A. Codacci-Pisanelli) era en el sentido de que tratase de órganos administrativos contenciosos.

La doctrina sucesiva cambió el problema de base: mientras no encontró obstáculos para que se reconociese un juez de intereses y no de derechos, discutió sobre la posición del órgano y acerca del carácter subjetivo u objetivo, de la jurisdicción. Esto es después de haber pasado por complejas construcciones como aquellas de quien para salvar el principio de que el juez en juicios a gestión de

parte no podría ser más que juez de Derecho, inventó el derecho a la legitimidad de los actos administrativos, o bien sostuvo la tesis de que los intereses individuales fueran en verdad derechos.¹⁰ Visto el asunto sin prejuicio alguno cabe afirmar que la IV Sección del Consejo de Estado y las Juntas provinciales administrativas eran órganos contenciosos administrativos.

La IV Sección del Consejo de Estado se convirtió en órgano jurisdiccional con la reforma Giolitti, L. 7.3.1907, n. 62 (luego en texto único 1907, 638), que se ocupó también de las Juntas provinciales administrativas. Esta vez fue el legislador quien calificó los dos órganos como jurisdiccionales, y calificó como "cosa juzgada" las resoluciones de esos órganos. El procedimiento se convirtió en netamente judicial con dos reglamentos delegados y de procedimientos para cada uno de los dos órganos (Reg. 17.8.1907, n. 648 y n. 643). Al Consejo de Estado se le agregó una V Sección para la jurisdicción de "mérito" y una reunión plenaria de las Secciones jurisdiccionales para los asuntos sobre los cuales no existiese en derecho, concordancia jurisprudencial entre las Secciones o que se presentaran como potenciales fuentes de desacuerdo.

Atribuyendo carácter jurisdiccional al Consejo de Estado, en sus indicados órganos, el legislador se atuvo, una vez más al modelo francés, pero era profundamente diferente el ámbito de la función jurisdiccional atribuida a los dos Consejos de Estado, ya que el italiano sólo conocía de controversias originadas en actos administrativos que incidieran sobre intereses "legítimos" según la novedosa noción que se estaba elaborando, lo que, como veremos, generó una lógica procesal particular, que el propio Consejo de Estado fue poco a poco elaborando en sus pronunciamientos.

Las Juntas provinciales administrativas fueron gratificadas con la condición de órgano jurisdiccional, pero en realidad quedaron tal cual eran en 1890, esto es, tribunales de lo contencioso administrativo en tanto que el Consejo de Estado estaba integrado por magistrados inamovibles, por su consiguiente relativamente independientes, las Juntas las integraban funcionarios de órganos locales del Estado y por miembros elegidos por los consejos provinciales, constituyendo los primeros mayoría, y los segundos escogidos con crite-

9. Los escritos y los discursos de S. Spaventa fueron reunidos en 1949, *La justicia en la administración*, Turín.

10. Se trata de las dos conocidas tesis de Mortara, *Comentario*, citado, idem *Cammeo Comentario*.

rios políticos. Por ello no fueron nunca independientes aún si, en general, no emanó de ellas una mala jurisprudencia.

La Ley de 1907, como la de 1865 y 1889, nuevamente dio a la vida una criatura con malformaciones. ¿Quid en efecto, para los asuntos que comprendiesen conjuntamente legitimidad y oportunidad (o sea mérito) del acto administrativo? ¿Quid si en el juicio administrativo se presentase, por vía prejudicial, incidental, o como consecuencia una cuestión que conllevase el conocimiento no de intereses legítimos sino de derechos subjetivos? Los supuestos indicados en las dos preguntas no eran, y no son, ni raros ni marginales, el segundo de ellos, en particular, se presentaba continuamente en las controversias de empleo público. Desafortunadamente el Consejo de Estado no supo, al menos entonces, adoptar una posición sólida y más bien respecto de las materias de la primera pregunta se enredó en formalismos, como lo fue el de la nulidad del recurso presentado ante una Sección incompetente. Ello obligó a que, pasados apenas dos años de las primeras decisiones, fuera presentada a estudio una reforma de la jurisdicción administrativa del Consejo de Estado.

Se llegó, con la Ley delegada 30.12.1923, n. 2840, que resolvió legislativamente las cuestiones pendientes, aboliendo las distinciones de competencias entre las dos Secciones del Consejo de Estado, estableciendo que el mismo podía conocer de derechos subjetivos en vía prejudicial (con las limitaciones relativas al estado de las personas y a la determinación del falso) y en vía incidental, pero no en el campo de la vía de las consecuencias. Se eliminaron así los entramientos derivados de las normas precedentes y con la idea de justificar el conocimiento de algunas controversias, en especial las referentes a la relación de empleo público, se introdujo la que se denominó "jurisdicción exclusiva": el legislador se limitó a determinarla como aquella en la que el Consejo de Estado (y también la Junta provincial) fuesen conjuntamente jueces de cuestiones correspondientes a derechos y a intereses legítimos. El legislador no se dio cuenta de la trascendencia de su innovación, ni tampoco se dieron cuenta de ello los jueces, sino después de haber transcurrido diez largos años de jurisprudencia.

Reunidas las normativas concernientes al Consejo de Estado y a las Juntas administrativas en los

dos textos únicos 26.6.1924, n. 1054 y n. 1058, se inició la gran estación de la jurisprudencia del Consejo de Estado. Con excepción de modificaciones relacionadas con aspectos orgánicos, de 1923 a 1948 con la Constitución republicana, el "sistema" ya está estabilizado en lo que concierne a las jurisdicciones del juez ordinario, de los jueces administrativos (Consejo de Estado y Juntas provinciales), y de los jueces contables (Corte de Cuentas y Consejos de Prefectura). Se estabiliza, en estos años, también lo concerniente a la justicia retenida debida a que el Consejo de Estado elabora una jurisprudencia propia sobre recursos administrativos, y en parte también (extraordinarios) ante el Rey, con lo que aumenta notablemente el conjunto de las garantías procedimentales del recurrente y con la que impone el respeto del principio de contradicción (debido proceso) respecto de todos los procedimientos administrativos contenciosos.

5. Una novedad perturbadora se constituyó por el irrumpir de una cantidad increíble de jurisdicciones especiales. La introducción de jurisdicciones especiales comenzó a tener importancia en el primer decenio del siglo, con las comisiones y colegios arbitrales en el campo de los seguros sociales, y respecto de expropiaciones reguladas por leyes especiales (Nápoles, Calabria, reconstrucciones como consecuencias de desastres sísmicos). Durante la primera guerra mundial el proceso se aceleró pero las jurisdicciones instituidas para las controversias vinculadas con leyes de guerra, cesaron cuando cesaron la vigencia de estas leyes. Importante, sin embargo, el D.L. 20.11.1916, n. 1654, que creó los tribunales para las aguas.

Terminada la guerra, se dio un cierto éxtasis; luego el proceso volvió a comenzar con tal fuerza a tal punto que en 1929 una investigación ordenada por el Ministerio de Gracia y Justicia y conducida por Caliendo constató la existencia de casi dos mil jueces especiales.¹¹ En el campo de la protección social (asistencia, previsión, trabajadores de sectores particulares, emigraciones, etc.), en el de los contratos de las administraciones públicas, de las diversas obras públicas, del urbanismo, se llegó a formas que no dudaríamos en llamar parásitas. No raramente el legislador instituía juntas, colegios, comisiones, con atribuciones judiciales, pero sin definir su naturaleza: de ahí que florecieron muchas controversias ante los jueces ordinarios o ad-

11. Caliendo, *Disposiciones en materia de jurisdicciones especiales*, Roma 1929.

ministrativos, que tenían por objeto únicamente el problema de determinar la naturaleza del órgano.

La Corte de Casación se manifestó, en un primer momento, reacia a la ampliación del conjunto de las jurisdicciones especiales y salvo aquellas hipótesis en las cuales el propio legislador definía expresamente como jurisdiccionales los órganos judiciales, adoptaba el criterio de la (relativa) independencia de los componentes del órgano como índice de aquella naturaleza jurisdiccional. Después amplió las aplicaciones del criterio sin renegar nunca de ello. La doctrina, ya bajo la influencia de Chiovenda asumió comportamientos críticos respecto de esta jurisprudencia, la cual examinada con espíritu de hoy, cabe afirmar que la Casación, al adoptar una dirección más amplia redujo bajo los frenos al menos de la observancia de los principios procedimentales bajo el propio control como juez de la jurisdicción algunos órganos judiciales, algunos realmente incómodos.

La lección que surgía de las instancias que solicitaban la creación de nuevas jurisdicciones especiales fue en todo momento unívoca, manifiesta y concordante. Se deseaban jueces especiales por dos razones: a) para tener un juez especializado que resolviese con rapidez; la especialización venía asegurada por el hecho de que cuando el juez era colegial, el órgano estaba integrado por expertos en la materia e inclusive hasta por miembros que representaban intereses, por haber sido designados por entes o por asociaciones, dándose también a menudo miembros procedentes de las magistraturas. La celeridad estaba asegurada por el hecho de que el proceso carecía de toda formalidad, el flujo de trabajo no era elevado y se daba un único grado de jurisdicción; b) para tener, en las materias regidas por el derecho administrativo un juez ante el que no se pudiera colocar la interrogación derechos-intereses, sea un juez que decidiese en jurisdicción exclusiva. Este segundo aspecto era dominante y viene consignado de manera muy clara en las explicaciones de los proyectos de ley, en los discursos oficiales, en fin en declaraciones de quien no era parte. A menudo se encuentra también en las motivaciones de las solicitudes de ciertos entes públicos cointerésados dirigidas a urgir determinado acto legislativo. Parece que la figura de la distinción derechos-intereses como mecanis-

mo clave en la repartición de las jurisdicciones casi produjo un sentimiento de horror.

En contra de las jurisdicciones especiales, la reacción de la doctrina fue unánime y rápida: se trata de rompimientos del principio de la unidad de la jurisdicción dijeron algunos; constituyen perturbaciones de la certeza del derecho dijeron prácticamente todos. En efecto era este último aspecto el más grave, ya que en la práctica tan enorme número de jurisdicciones especiales requería abogados y jueces omniscientes respecto de todas las ramas del ordenamiento positivo. Efectivamente, los comentaristas dieron cuenta de algunos casos en los que la existencia de determinada jurisdicción especial era desconocida para la propia Corte de Casación; y frecuentemente se dieron casos de patronos que ignorantes y habiendo promovido juicios ante jueces "naturales", se veían oponer la excepción de falta de jurisdicción de ese juez, sin poder recuperar ya al juez competente. Fue sobre las alas de consideraciones, como esas, por una parte abstractas y por otra diríamos que casi pedestres, que el movimiento contra las jurisdicciones especiales tomó fuerza. El Código de Procedimientos Civiles de 1940 eliminó de un solo golpe todas las jurisdicciones especiales en materia de protección social, atribuyendo las respectivas controversias al juez ordinario, magistratura del trabajo. Sobre la base de ese mismo código la Corte de Casación comenzó a reducir a colegios arbitrales de Derecho común si bien con algunas particularidades estructurales y procedimentales, muchos colegios arbitrales hasta entonces considerados especiales.

Un segundo golpe, y más decisivo, se dio con la Constitución republicana de 1948.

6. Es bien conocido que la asamblea constituyente discutió con empeño todo lo concerniente a la jurisdicción, debido a la influencia de personalidades como aquellas de la Calamandrei y de Perassi, que al delinear la magistratura como un orden autónomo e independiente regido por un propio consejo superior, adoptó soluciones que constituyen una de las pocas cosas originales de la constitución italiana. No pudo consecuentemente desentenderse de la llamada "justicia administrativa", pero respecto de ésta fue menos coherente y más bien tuvo falta de prudencia, tal vez de coraje.¹²

12. En relación con la justicia administrativa en la Constitución republicana, v. E. Cannada Bartoli, *La tutela jurisdiccional del ciudadano frente a la administración pública*, Milán 2, 1964; v. Bachelet, *La justicia administrativa en la Constitución Italiana*, Milán 1966.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

La carta constitucional coloca como principio la unidad de la jurisdicción y, con una norma de aplicación, prohíbe la creación de jurisdicciones especiales (art. 102; la disp. VI transitoria establecía que las jurisdicciones especiales existentes debían ser reformadas dentro de 1953). Se toma nota del problema de los jueces especializados y los resuelve estableciendo que pueden ser instituidas secciones especializadas por materias de la jurisdicción ordinaria: esta es la única enseñanza obtenida de la experiencia de la lluvia de jurisdicciones especiales que existieron y que existen.

De todas las jurisdicciones especiales preexistentes conserva solo tres: la jurisdicción administrativa, la contable y aquella militar (art. 103). Dejando de lado la última, que ésta "a se", para las otras dos la carta constitucional en verdad que introduce una excepción a la unidad de la jurisdicción, cuya razón no aparece suficientemente justificada en los trabajos de la asamblea constituyente. Lo que se dijo, sea que era necesario enunciar de manera expresa que se pretendía mantener la función jurisdiccional del Consejo de Estado y de la Corte de Cuentas, se dijo porque de otra manera habrían sido arrastradas por el principio de unidad de jurisdicción, lo que es exacto pero no explicativo. Ciertamente, si no se hubiese redactado el artículo 103, tanto la jurisdicción administrativa como aquella contable habrían debido ser "revisadas" conforme a la citada disp. VI transitoria, pero lo que nunca quedó claro fue el motivo por el cual la asamblea constituyente prefirió orientarse hacia el mantenimiento de las dos jurisdicciones, derogando, precisamente, el principio de la unidad de la jurisdicción.

No es esta la sede para profundizar ese problema de historiografía jurídica. Basta tener conciencia de que la norma constitucional conserva la jurisdicción del Consejo de Estado y de la Corte de Cuentas, inclusive las cubre de garantías constitucionales por el sólo hecho de mantenerlas. La jurisdicción del Consejo de Estado fue conservada para la "tutela, frente a la administración pública, de los intereses legítimos" y continúa diciendo la norma (art. 103, 1), y en particulares materias indicadas por la ley, también de los derechos subjetivos. La de la Corte de Cuentas "en las materias de contabilidad pública y en las otras especificadas por ley". Ambos enunciados constitucionales son, con solo meditar rápidamente sobre ellos, particularmente infelices.

El primero, por el enunciado relativo a la tutela de los intereses legítimos, puede en realidad ser entendido en el sentido de que *solamente* el Con-

sejo de Estado tiene jurisdicción respecto de la tutela de los intereses legítimos y que *también* el Consejo de Estado posee tal jurisdicción, en el sentido de que esa jurisdicción podría ser reconocida a diversos órganos jurisdiccionales, siempre que se le mantenga al Consejo de Estado. De la misma manera el enunciado relativo a las materias particulares en las que puede ser órgano para la tutela de derechos subjetivos, bien puede ser entendido que únicamente para materias determinadas le puede ser otorgada tal atribución, que le puede ser conferida en forma exclusiva y también no exclusiva, y hasta que podría serle conferida para nada. El único elemento hermenéutico, seguro, deducible de la norma constitucional tiene contenido negativo: no podría darse en Italia la constitución de un tribunal supremo administrativo, dentro del Poder Judicial, conforme al modelo alemán, porque la labor de ese tribunal está confiada al Consejo de Estado; ello se deduce claramente de la parte del enunciado que dice "y los otros órganos de justicia administrativa" que se lee en la norma y de la que más adelante nos ocuparemos.

El segundo, referente a la "jurisdicción en las materias de contabilidad pública" de la Corte de Cuentas, es igualmente equívoco. Debe entenderse en el sentido de que la Corte de Cuentas es jueza en las materias de contabilidad pública que no correspondan a juez natural, que es el juez ordinario (¿y ésta era originariamente la respuesta de la Corte de Casación?) más bien en el sentido de que en tales materias el único juez es la Corte de Cuentas (¿ésta fue la respuesta que se dio en segundo momento?) la Corte de Cuentas por sí sola o también otros jueces "contables" (¿cómo sucedió hasta que la Corte Constitucional no cortó la cabeza a los Consejos de Prefectura en sede jurisdiccional?).

Estas dificultades de interpretación hicieron prevalecer una tendencia que podría llamarse simplista, o sea que la Asamblea Constituyente hubiera querido "fotografiar" la realidad jurídica entonces (en 1947) existente, y que consecuentemente todo hubiese quedado como antes. La realidad es que en esa forma el "todo" quedaba constitucionalizado e, independientemente de lo que se tuviese en mente querer en la Asamblea Constituyente, quedaban para la interpretación muchos problemas muy arduos.

Para completar el cuadro de las normas de la Carta constitucional, existen otras cinco disposiciones. La primera es la previsión de "otros órganos de justicia administrativa", que está siempre en el inciso primero del artículo 103, como órganos con

las mismas atribuciones del Consejo de Estado; la segunda está constituida por la determinación de la independencia de los jueces de las jurisdicciones especiales, la que debe ser asegurada por la ley, que se encuentra en el segundo inciso del artículo 108; y la tercera, cuarta y quinta son normas de derecho procesal atinentes a todos los jueces que conozcan de controversias entre las administraciones públicas y las privadas (por ello no correspondientes sólo al Consejo de Estado, según la tesis prevaleciente) y que están en el artículo 113.

Las dos primeras normas tuvieron los desarrollos a que nos referiremos de seguido. Las últimas tres han sido consideradas, por la jurisprudencia, como de inmediata aplicación. Ellas son: la norma por la cual en relación con todo "acto" de la administración pública viene otorgada tutela jurisdiccional de los derechos y de los intereses frente a los jueces competentes (jurisdicción ordinaria y jurisdicción administrativa, precisa expresamente la norma, confirmando así la separación existente entre las dos jurisdicciones). Esta norma (artículo 1113, 1) viene seguida por una segunda (el inciso dos del mismo artículo) en la cual se precisa que no se admiten exclusiones ni limitaciones a la tutela jurisdiccional, por medio de impugnación o por categorías de actos. Esa norma de refuerzo, rigurosamente hablando sería superflua, porque ya estaba contenida en la primera, pero no fue inútil porque la jurisprudencia le confirió, como norma de aplicación inmediata, una clara fuerza derogatoria de normas existentes en el ordenamiento precedente, que establecían la inimpugnabilidad de determinados actos ante ningún juez (ej. los actos políticos), o bien excluían algunos medios de tutela jurisdiccional o bien limitaban la impugnación admitiendo únicamente el desplegar sólo algunos medios de recurso (ej. actos contra los cuales se admitía recurso jurisdiccional sólo por violación de ley o únicamente por incompetencia y violación de ley y similares). En esta forma, la jurisprudencia, todavía antes de que fuera creada la Corte Constitucional, resolvió de manera empírica la cuestión "abrogación-declaratoria de ilegitimidad constitucional" que luego vendría a dar campo a no fáciles controversias. Todavía hoy la jurisprudencia mantiene la tesis de que el segundo inciso del artículo 113 abrogó cualquier norma precedente que limitase la tutela jurisdiccional respecto de actos de las administraciones públicas, sosteniendo que por esa abrogación no es necesaria la intervención de la Corte Constitucional para expulsarla de la normativa vigente.

La tercera norma establece la regla en la cual

la ley puede atribuir a determinados jueces el poder de anulación de los actos de la administración pública, con determinación de los casos y los efectos. Concretamente, el poder de anulación jurisdiccional existía ya respecto del Consejo de Estado, las Juntas provinciales administrativas, la Corte de Cuentas y las demás jurisdicciones especiales. No otra cosa ha hecho esa norma que codificar una realidad positiva existente, no obstante ello tiene un propio valor constitucional. Da la apariencia de atraer la concepción del ochocientos, liberal, del principio de división de poderes, como ámbito de potestades exclusivas, admitiendo que en derogación el juez puede anular actos del poder administrador; entendida así, esa norma sería efectivamente inútil, por cuanto hoy día a ese principio de división de los poderes se asigna un mero valor funcional, de allí que se admite sin duda alguna que órganos de un poder puedan, con sus actos, producir efectos jurídicos que incidan en situaciones subjetivas del otro poder. La norma vale también a la recíproca en el sentido de que somete a la ley la escogencia de los jueces que tienen el poder de anular los actos administrativos y por lo tanto no constitucionaliza la regla de la ley de 1865 según la cual el juez ordinario no podría anular actos administrativos; hoy cabría la posibilidad de que tal regla fuese considerada abrogada o fuese derogada.

En fin es conveniente desde ahora recordar que otra norma que disciplina la materia de justicia se encuentra en el artículo 125,2 Constitución, ubicada en el título V de la Parte Segunda, título éste que trata de las regiones esto es, un lugar topográficamente del todo diverso: es una norma que contempla órganos regionales de justicia administrativa de los que, dentro de poco, hablaremos.

En síntesis, la normación constitucional en el campo de la tutela del privado frente a las administraciones públicas no contiene disposiciones ni revolucionarias ni particularmente innovadoras: habiendo conservado al Consejo de Estado y la Corte de Cuentas sus atribuciones jurisdiccionales, las grandes líneas del contexto preexistente se mantienen. En cambio, logró una gran limpieza con la prohibición de las jurisdicciones especiales y con la supresión de las existentes; puso en fin un conjunto de normas que potencialmente permiten desarrollos en sentido positivo, sea que permitirían la conformación del contexto precedente como un verdadero y propio sistema. Pasemos a ver la forma en que las diferentes disposiciones constitucionales han sido aplicadas, desaplicadas o no utilizadas aún, y cómo la llegada del sistema no se ha producido.

7. El periodo que corrió entre 1948 y 1971 estos, desde la entrada en vigor de la Constitución y la creación de los tribunales administrativos regionales constituye el periodo más largo de vacío legislativo respecto de los institutos de justicia administrativa. Únicamente se dan: los decretos legislativos 6.5.1948, n. 645 y n. 655 que instituyen el Consejo de Justicia Administrativa para la Región siciliana y las Secciones de la Corte de Cuentas para la Región siciliana;¹³ el Decreto 5.5.1948, n. 642 ratificado por Ley 19.3.1952, n. 161, que creó la VI Sección del Consejo de Estado y la Ley 20.12.1961, n. 1345 que instituyó otras Secciones jurisdiccionales de la Corte de Cuentas.

Una normación organizativa que no toca el contexto.

Los desarrollos de los principios constitucionales son obra de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que ha tenido el papel no sólo de interpretar la normativa constitucional sino también, en forma indirecta, de estimular al legislador inerte. Falta aún una valoración general de la obra de la Corte.

Comencemos con ver las materias de las jurisdicciones especiales a la cual se vincula obviamente la que corresponde a la independencia de los jueces de las jurisdicciones especiales.

La Corte Constitucional comenzó con fijar el criterio de que el plazo previsto por la disposición transitoria VI para la revisión de las jurisdicciones especiales no era un plazo perentorio sino un mandato por lo que las mismas no venían suprimidas *ope legis* al concluir el quinquenio previsto por esa disposición transitoria (Sentencia 11.3.1957, n. 41).¹⁴

Las mismas podrían sobrevivir ante la prohibición del artículo 102 constitucional a condición de que tuvieran las características de la jurisdicción establecidas por la Constitución, particularmente que fuese segura la independencia del juez (artículo 108,2) y que el proceso presentase los requisitos mínimos de garantía de defensa (artículo 24). No dándose esos caracteres, la Corte declaraba la ilegitimidad constitucional de las normas que respaldasen tales pretendidos órganos jurisdiccionales, con dos consecuencias alternativas: que el órgano continuase a subsistir, pero como órgano administrativo, sea como órgano de contencioso administrativo, por lo que ante el mismo se podrían

presentar recursos administrativos y no recursos jurisdiccionales, se iniciase un procedimiento y no un proceso, y que las decisiones fuesen decisiones administrativas y no sentencias. La otra alternativa eventual era que el órgano no pudiese continuar en el desarrollo de sus funciones jurisdiccionales, por la falta objetiva de la calidad de juez. La primera alternativa veía, en consecuencia, aplicado el principio de conservación pero acompañado de una descalificación de la función; en tanto que la segunda era, concretamente, una supresión del órgano como titular de la función pretendidamente jurisdiccional (con posibilidades, en todo caso, de que el órgano continuase desarrollando funciones no jurisdiccionales).

Con la primera alternativa vinieron reducidos a órganos del contencioso administrativo las especies del ministro juez (13.7.1963, n. 163), del intendente de finanzas (4.7.1963, n. 116, luego en sentido diverso 6.6.1965, n. 58, de último 3.4.1960, n. 60), de los Consejos comunales y provinciales como órganos del contencioso electoral (27.12.1965, n. 93), las Comisiones para los tributos locales (6.2.1969, n. 6), las comisiones tributarias para los tributos estatales (10.2.1969, n. 10), y otros más.

Con la segunda alternativa cayeron los Consejos de Prefectura en sede jurisdiccional (3.6.1966, n. 55), la Junta jurisdiccional administrativa para el Valle de Aosta (20.4.1968, n. 33), las Juntas provinciales administrativas, como tales, como secciones para los tributos locales y como secciones contencioso electorales (22.3.1967, n. 30; 27.5.1968, n. 49). Estas fueron las sentencias más cargadas de consecuencias prácticas porque al declarar la ilegitimidad constitucional de las normas concernientes a la integración de tales órganos, por violación del principio de independencia de los jueces de las jurisdicciones especiales, crearon vacíos en el contexto de la organización de las jurisdicciones; vacíos que, ante la inercia del legislador a proveer, fueron llenados, en línea de derecho, de manera muy simple: con la expansión en los espacios vacíos de las atribuciones jurisdiccionales del juez ordinario (contencioso electoral, del Consejo de Estado y de la Corte de Cuentas; estos, respectivamente, para las materias administrativa y contable. En línea de hecho, por el contrario, la situación fue particularmente grave, porque fue necesario el trans-

13. También fue instituida la Junta provincial administrativa para el Valle de Aosta, cuando en esta región autónoma se suprimieron el Prefecto y los órganos de la Prefectura 15.11.1945.

14. A.M. Sandulli, *Sobre la sobrevivencia de las jurisdicciones especiales en el plazo fijado para su revisión*, G. Const. 1956, 965.

currir de un largo tiempo técnico para que los diversos jueces afirmaran su propia jurisdicción y ello fuese confirmado por la Corte de Casación, Secciones unidas civiles, actuando como juez de la jurisdicción; de manera que aquellos que habían acudido a solicitar la tutela de los jueces suprimidos tuvieron que esperar muchos años para que los giros jurídicos le resolviesen apenas el problema de jurisdicción; de otra parte los jueces que se declararon o que resultaron competentes se vieron tan recargados de trabajo, que los tiempos técnicos para la resolución de los litigios se alargaron y respecto de los jueces que actuaban de oficio —como los contables— a menudo no se pudo hacer nada, ya que habrían sido necesarios cuadros de ministerios públicos (funcionarios) de dimensión completamente fuera de toda medida.

En consecuencia, se puede concluir que la Corte Constitucional, aún después de haber declarado en principio que corresponde al legislador "revisar" las jurisdicciones especiales y que el plazo dado por la norma constitucional para la revisión no es perentorio, en la realidad hizo caer, una por una, las jurisdicciones especiales sobre las que debía juzgar. Lo hizo de principio por normas que no admitieran impugnaciones de actos de la autoridad (27.1.59, n. 1), particularmente de normas que limitasen las impugnaciones (27.6.1958, n. 48), en materia de controversias de aduana.

8. Tomando en conjunto las normas del artículo 113 y aquellas del artículo 24, sobre la tutela jurisdiccional, la Corte, después de pronunciamientos iniciales titubeantes luego produjo la caída de las normas que significaran limitaciones sustanciales a la efectiva facultad de defensa de las situaciones subjetivas. Por ende, en todos aquellos casos en que conoció de recursos administrativos regulados por normas poco respetuosas de los derechos de defensa, conservó los recursos pero declaró la inconstitucionalidad de tales reglas. El caso de más resonancia fue aquel del recurso extraordinario al Jefe del Estado, en el cual admitió la impugnación de la decisión por parte de un tercero (1.2.1964, n. 1), si bien mantuvo como legítima su alternabilidad con el recurso jurisdiccional (2.7.1966, n. 78).

Respecto de las jurisdicciones condicionadas a la formulación previa de recursos administrativos, la jurisprudencia de la Corte se ha pronunciado en el sentido de que tal esquema en sí mismo no es constitucionalmente ilegítimo, siempre que esa formulación previa de las medidas administrativas no se constituya en un serio problema para la tutela de las situaciones subjetivas (así después de

16.6.64, n. 47, una serie de sentencias entre las cuales 13.7.1970, n. 130; 8.7.1971, n. 170).

A la par de éstas, están las sentencias que declararon la ilegitimidad constitucional de algunos de los más vistosos privilegios procesales de las administraciones públicas: la garantía administrativa (18.2.1965, n. 4), el previo registro de los tributos para las controversias tributarias (11.7.1969, n. 125), la regla del "solve et repete" en las mismas controversias (31.3.1961, n. 21, seguida por muchas otras) la imposibilidad de sanear las erróneas notificaciones judiciales a las administraciones públicas (8.7.1967, n. 27), y otras menores.

De este modo la Corte Constitucional ha producido un amplio y decisivo corte de todo aquel marasmo de normas inciviles, que los legisladores de un siglo, liberales solo de palabra, habían acumulado en inútil defensa de la administración, sobre todo simplificando el ordenamiento positivo.

No con igual decisión se produjo lo que concierne el segundo campo, respecto del cual la Corte adoptó la interpretación conforme a la cual la Constitución no habría renovado, para nada, el diseño preexistente. En efecto, si exceptuamos las sentencias con las que se generalizó la jurisdicción contable de la Corte de Cuentas a todos los entes públicos de tipo administrativo (26.6.1970, n. 110; 5.4.1971, n. 68; 30.12.1972, n. 211), y las indicadas arriba con las que algunos recursos administrativos fueron adecuados a la normación constitucional; en cuanto al resto se convalidó lo pasado.

Así, se reconoció que los poderes del juez ordinario, respecto de las administraciones públicas bien pueden ser limitados (6.7.1971, n. 161), como si el principio de división de los poderes en 1948, significase, todavía, lo que significó en 1865. No encontró la Corte dificultad para admitir que la designación gubernamental de los magistrados de la Corte de Cuentas no contrasta con el principio de independencia de los jueces especiales; lo admitió también respecto del Consejo de Estado, después de una desafortunada serie (diecisiete en total) de nombramientos gubernamentales (19.12.1973, n. 177). En la sentencia 27.5.1968, n. 49, la Corte, al ocuparse de las Secciones del contencioso electoral a la sazón instituidas como una anticipación de los tribunales administrativos regionales, estableció las líneas generales del asunto, sosteniendo que el Consejo de Estado y la Corte de Cuentas deben ser siempre considerados jurisdicciones especiales, condición que tenían antes de la Constitución y no se trataría en cambio de algún otro tipo de jurisdicciones especiales, como

se sostuvo por algunos con la intención de acercar el sistema italiano al modelo alemán.¹⁵

De otra parte también en estos pronunciamientos, que podríamos considerar confirmatorios del contexto positivo vigente (del "sistema" como dicen otros: hablaremos de inmediato), la Corte Constitucional nunca cerró las puertas: siempre se limitó a establecer que lo que venía puesto bajo su conocimiento, como algo constitucionalmente ilegítimo, no lo era; sosteniendo aún que el legislador ordinario era, en estos aspectos, libre para escoger. Como puede observarse, las sentencias que tuvieron el efecto de salirse del centro, fueron aquellas sobre los Consejos de Prefecturas y sobre las Juntas provinciales administrativas, que fueron las que crearon en el ordenamiento positivo, dos desequilibrios que únicamente el legislador podía eliminar. Después de 1967, suprimidas las Juntas provinciales, la atmósfera en el Consejo de Estado se volvió muy pesada, dada la enorme cantidad de recursos jurisdiccionales que le llegaban. A pesar de ello, el Consejo de Estado y la Corte de Casación continuaron sus caminos indisturbados, como si nada se debiera cambiar. El Consejo de Estado cada vez más imbuido de la lógica que se había autoconstruido, como juez de anulación de actos y no de conocimientos de relaciones, en la práctica terminó con reducir también a la jurisdicción exclusiva a conocer sólo de ello, dejando de lado las aperturas doctrinarias que sugerían la conformación de algunos de estos juicios declarativos y de condena.

En lo que corresponde a la Corte de Casación, el esfuerzo para rectificar y aclarar su propia jurisprudencia respecto de la distinción entre las situaciones subjetivas: derecho e interés, y con la derivada distribución de las jurisdicciones, quedó en nada; de otra parte, la doctrina demostró que la distinción no era un "prius" sino un "posterius": era imprescindible, de previo, modificar la normativa sustancial para establecer en qué casos se daba una o la otra situación subjetiva: sólo que, en esa forma, el pronunciamiento de Casación, en los casos marginales que sobrevinieron y que fueron muchos, ese pronunciamiento se convertía en una predecisión (adelanto de criterio) sobre el mérito

del litigio, del que conocía únicamente en la vía simple de juez de la jurisdicción. El lastre que arrastró así, por su decisión, la jurisdicción ordinaria con su actitud de renuncia en la interpretación del orden jurídico existente en el ya lejano 1865, no sólo dejaba de lado al juez ordinario sino que también se transformó en elemento alterador de todo el contexto de la justicia administrativa, impidiéndole llegar a ser un verdadero sistema.

Lo más extraño es que todo ello lo sabían, muy bien, los juristas, los jueces y los abogados si bien luego, cuando escribían o hablaban en sus escritos oficialmente, todos preferían callarlo. Oscuras colusiones de ambiguos juegos de poder corrompían el esfuerzo civil y degradaban a simple maniobra política cualquier intento de pensar o de hacer pensar.

9. En este ambiente se planteó, consecuentemente, la exigencia de crear los órganos regionales de justicia administrativa, los tribunales regionales administrativos. Cualquier pretexto fue bueno para perder tiempo, hasta el más ridículo que, siendo tribunales regionales... primero habría que crear las regiones. Se necesitaron cinco años para llegar a la Ley 6.12.1971, n. 1034, y si no se hubiese dado el empujón perspicaz y terco de Lucifredi quién sabe cuánto se hubiese tenido que esperar.¹⁶

Los tribunales administrativos regionales son jueces de primera instancia que reproducen, a nivel regional lo que era el Consejo de Estado a escala nacional; excepción hecha de algunas atribuciones meramente de detalle, que se salen del centro, tienen la jurisdicción general de legitimidad, la especial de mérito y la especial exclusiva, conforme al modelo del Consejo de Estado. En la jurisdicción no exclusiva conocen de aspectos relativos a derechos en vía prejudicial e incidental, como sucedía en el Consejo de Estado; iguales las posiciones de las partes en juicio, la estructura del juicio, los impulsos procesales; se hizo más simple el procedimiento, aún si, se acentuó su carácter jurisdiccional, ampliándose los poderes de instrucción probatoria. Las verdaderas novedades consisten —con excepción de lo que se dirá sobre los recursos administrativos— en la admisión expresa de

15. Es la tesis de las jurisdicciones paralelas, sostenida sobre todo por M. Ruini, *El Consejo de Estado y la Corte de Cuentas*, hoy en *Escritos*, VI, Milán 1964, 624.

16. Sobre la Ley 1038 existen bastantes escritos, en alguno de los cuales se incluye el arduo "iter" de su confección. Ver sobre todo A.M. Sandulli, *Los Tribunales administrativos regionales*, Nápoles 1972; P. Virga, *Los Tribunales administrativos regionales*, Milán 1972; O. Sepe-G. Pes, *Las nuevas leyes de justicia administrativa*, Milán 1972; R. Lucifredi-V. Caianello, *Los Tribunales administrativos regionales*, Turín 1972.

sentencias declarativas y de condena a la par de aquellas constitutivas (anulación, reforma), y ciertas aperturas que están al filo de la normación, por ejemplo lo del artículo 4.

El problema mayor con que toparon los tribunales regionales fue el de la repartición de las competencias; la ley fijó tres criterios: el de la competencia territorial regional o intrarregional de la autoridad que dictó el acto impugnado; el de la eficacia local del acto de la autoridad no regional y el de la sede de la autoridad respecto de aquellos actos que no tuviesen eficacia local. Los criterios son ingeniosos, pero incompletos; de otra parte se vio cumplido el principio de doble grado de jurisdicción de manera integral al no existir un solo acto de autoridad administrativa respecto del que no exista un tribunal regional competente.

Finalmente debemos decir que los tribunales están integrados por magistrados nombrados a través de concurso y fue necesario un bienio para completar los concursos e integrar los tribunales; pésimas normas transitorias, que llegaron a originar absurdas controversias regularon la trasmisión de las atribuciones jurisdiccionales y de las competencias a los nuevos tribunales.

Éste, brevemente, el cuadro. Representantes de la clase política acompañaron con acentos de triunfo la publicación de la ley. En cambio la misma significaba, en el campo de la crónica, un paso adelante, el cual podría ser más o menos largo según la forma en que habrían de operar los tribunales; en el plano histórico fue en verdad una ocasión perdida pues se dejaron sin resolver la mayor parte de los nudos centrales del contexto de los institutos de justicia administrativa que estaban (y están) sin solución. Como se vio en las precedentes páginas, el transcurso del tiempo soltó algunos de estos nudos, formados a causa de la desafortunada ley de 1865: se llegó a la tutela jurisdiccional de los intereses legítimos, los tribunales del contencioso que sobrevivieron a pesar del legislador, se transformaron en jurisdicciones especiales. En un segundo y un tercer momento se produjo la reducción primero, la eliminación luego, de las innumerables jurisdicciones especiales, el vasto de la justicia retenida se modificó hacia procedimientos

administrativos justiciables y con el corte de los privilegios injustificados de la administración se llegó a un estado, en su conjunto, civil. Quedaba abierto el punto referente al acomodo de la jurisdicción contable, así como aquellos de la supresión de la tutela, por separado de derechos y de intereses, y de la reestructuración del juez administrativo: ninguno de los cuales fue resuelto. En esa forma se mantuvo la figura equívoca de un denominado juez de las controversias relativas a derechos, el cual, en realidad, sólo es juez de algunas controversias patrimoniales y de otras relacionadas con el estado de las personas y de un, así llamado, juez de los intereses, el cual es también juez de derechos sobre todo en un vasto campo, como lo es el de las relaciones de trabajo de los dependientes públicos, campo sustraído al juez natural que debiera ser el juez de trabajo. También se mantuvo la vieja estructura del juicio administrativo sobre actos y no sobre relaciones, de manera que la tutela que se le ofrece al actor victorioso en juicio casi nunca es satisfactoria, por cuanto la anulación del acto administrativo tiene —como es sabido— efectos mucho más limitados que la nulidad del negocio privado. El parto del legislador fue la creación de tantos miniconsejos de Estado regionales a los que se les asignó una magistratura separada que no forma parte del Poder Judicial y, por ende, no garantizada: los aspectos esenciales (nudos) existentes no sólo fueron eliminados sino confirmados manteniéndose los resultados precedentes de denegación de justicia. En efecto, cuando quien busca justicia está obligado a buscarse primero el juez, con una búsqueda que puede requerir años de espera y cuando, al final el actor victorioso tendrá en su mano una cosa juzgada que el tiempo habrá ya corroído o que, en todo caso, será mucho más similar a la solución de un teorema que a una orden de justicia, no se diga que semejante barbaridad es un "sistema" jurisdiccional.¹⁷

10. Con la Ley delegada 24.11.1971, n. 1199 fueron promulgadas normas para "simplificación de los procedimientos en materia de recursos administrativos"; aunque fue promulgada antes de la Ley 1034, la ley delegada fue publicada después; dado que los dos actos normativos no fueron coor-

17. Téngase presente que el legislador conocía muy bien la situación, ya que raramente se había tenido una participación tan compenetrada (vívida) respecto de los problemas que significa la creación de los Tribunales administrativos, como la que se dio antes de 1971; cada año se desarrollaron uno o dos congresos, promovidos por los más variados organismos, los actos de esas reuniones fueron todos publicados, pero no siempre de los mismos se obtuvo la respuesta que los políticos daban a quien solicitaba enfrentar los problemas de fondo: políticamente no fue posible obtener más.

dinados, surgieron fastidiosos problemas de coordinación al momento de su aplicación.¹⁸ La Ley delegada n. 1199 constituye, en sustancia, una solución legislativa de algunos problemas —casi todos— puntualizados por la jurisprudencia en materia de recursos administrativos y que la propia jurisprudencia había resuelto, después de abrirlos, dentro de los límites que le había sido posible. Desde ese punto de vista es un acto normativo importante porque cierra el arco de la eliminación de la justicia retenida, respecto de aquellas colas que aún quedaban después de la larga obra de enderezamiento de parte de la jurisprudencia del Consejo de Estado. La ley da una disciplina completa a los recursos administrativos, a las oposiciones-recurso y a los recursos extraordinarios ante el Jefe de Estado.

Con apoyo en la combinación entre las normas de la Ley 1099 y las de la Ley 1034, el recurso jerárquico contra actos de órganos locales del Estado o de entes ultrarregionales fue convertido en alternativo respecto del recurso al Tribunal regional; fue suprimido el silencio rechazo, estableciéndose que, después de noventa días de su presentación sin que la autoridad haya resuelto, el acto impugnado con el recurso administrativo se convierte en directamente impugnable en sede jurisdiccional; reglas muy claras regulan la instrucción y el debido proceso.

El recurso extraordinario en verdad es muy poco parecido al antiguo recurso ante el Rey; en verdad, aún tal y como es, no se entiende por qué se le haya querido mantener ya que, en todo caso, continúa siendo un procedimiento perturbador de las situaciones jurídicas de la administración y sobre todo de los terceros. En todo caso ese recurso extraordinario es presentable en un plazo más breve, ciento veinte días en vez de los ciento ochenta de antes, contra los actos definitivos; el procedimiento ahora está cuidadosamente regulado y la novedad más importante la constituye la codificación de la "atracción" del recurso para ante los tribunales, anteriormente introducida por la reunión plenaria del Consejo de Estado: esa novedad consiste en la atribución al contrainterés del derecho potestativo de solicitar que el recurso venga transferido al tribunal administrativo competente. También fue admitida la impugnación para solicitar

la revocación de la decisión del recurso, que la Corte de Casación había excluido.

11. Transcurrieron así 110 años de historia de los institutos de justicia administrativa. Han sido demasiados para quien sostiene que los problemas de la tutela jurisdiccional de las situaciones subjetivas son problemas simples; no son demasiados para quien los coloque en su cuadro político que es aquel de la libertad, de la vía siempre ardua que la misma exige en los países antiguos de joven formación; pero aún así la verdad es que tampoco pocos. Lo que más impacta a quien contemple el asunto en su conjunto es lo que podríamos llamar la no cuerda locura de los diferentes episodios. Cada vez sucedió como si los legisladores se hubiesen colocado a contemplar la realidad sobre la que debían decidir, a través de un hueco en una enorme pantalla negra: esa realidad era solamente aquel pedacito de mundo visible y siempre, a todo aquel que advertí que se debía poner atención en el sentido de que el mundo era mucho más ancho, se le puso de lado, a menudo con la trillada motivación de ser enemigo del bien por ser amigo de lo mejor. El hecho es que tantos pequeños bienes, de la medida del hueco no se fusionaron, solo se acercaron, con el resultado que hoy se observa: la ausencia de un auténtico sistema de tutela.

Hasta ahora la fortuna nos ha sido propicia, girando su rueda y colocando en los diversos pequeños mecanismos, clavados, que conforman el contexto a algunos hombres de gran inteligencia y equilibrio. Al suplir con los dotes de la persona la desorganización del conjunto, no han logrado hacer armónico el contexto porque ello es humanamente imposible, sin embargo lograron hacer funcionar las partes que lo componen y a menudo con óptimos resultados. Pero ¿qué sucedería si la fortuna girase el sentido de la rueda? El riesgo existe, en el sentido de una vanalización, más que un deterioramiento. En todo caso debemos decir, eso sí, que la experiencia de los tribunales administrativos regionales es reconfortante.

12. Con todo, el conjunto —difícil es decir el sistema— de la justicia administrativa italiana continúa presentando una enorme cantidad de problemas. Bastaría ver, al respecto aquella que al momento es la más cumplida obra en materia, la "Giustizia amministrativa" de M. Nigro (Bologna, III ed.; 1983). La mayor parte de estos problemas son es-

18. Surgió también la duda sobre la legitimidad constitucional de esa ley delegada, por exceso de delegación: A.M. Sandulli, *Tribunales*, cit., 49.

trictamente procesales y se derivan de lo que se decía, esto es, que las regulaciones de procedimientos o son viejas, como las del Consejo de Estado, o son casi inexistentes, como es el caso de los tribunales regionales.

En todo caso, respecto de estos problemas se está proveyendo: ante el Parlamento ha sido presentado un proyecto de ley en el cual se delega al Gobierno la redacción de una ley orgánica procesal para los juicios administrativos y todo hace suponer que el Parlamento la aprobará.

En cambio, los problemas de mayor trascendencia son los sustanciales: el hecho de que existan dos jueces competentes para las controversias con la administración pública, de un lado el juez ordinario en los asuntos relativos a derechos subjetivos y por el otro el juez administrativo para los litigios que conciernen los intereses legítimos; lo que significa, como fácilmente se comprende, una profunda interpretación previa de las leyes, particularmente de las leyes nuevas, para establecer si la situación jurídica tutelada es Derecho subjetivo o interés legítimo. En la mayor parte de los casos, esas interpretaciones son muy laboriosas y, al límite, frecuentemente meras opiniones.

La consecuencia de lo anterior es que más de una vez ha sucedido que para lograr encontrar al juez competente, donde debe plantearse la controversia, es indispensable obtener el pronunciamiento de la Corte de Casación en Secciones reunidas, órgano el cual, conforme al ordenamiento es el supremo juez de las competencias jurisdiccionales. En la realidad, antes de llegar a obtener la decisión de las Secciones reunidas de la Corte de Casación, es indispensable incoar proceso ante cada uno de los dos jueces posiblemente competentes: el tiempo técnico de tales procedimientos puede llegar a ser larguísimo; se han dado casos en que se necesitaron diez años para definir la competencia.

Este es el defecto fundamental de todo lo concerniente a la justicia administrativa que rige en Italia, y, en estos momentos, a como están las cosas, casi imposible de modificar, porque la Constitución Política lo ha hecho, en alguno de sus aspectos, más rígido. Ello explica a qué se debe que la mayor parte de los estudiosos italianos de justicia administrativa dirijan su atención al modelo alemán, que viene considerado hoy, como el más simple y el más eficiente de los existentes.
