

# Legitimidad procesal y tipos de Proceso Administrativo\*

Vitor Rhein Schirato\*\*

*El presente artículo explica las formas, funciones y tipos de administración. Además, su punto central es la cuestión de la legitimidad procesal a partir de los requisitos que son necesarios para conferir a un individuo el derecho de participar en un determinado Proceso Administrativo, realizando la distinción entre legitimidad procesal en el proceso civil y la legitimidad procesal en el Proceso Administrativo.*

## I. INTRODUCCIÓN

En el concepto decimonónico del Derecho Administrativo, que perduró por un tiempo adicional y, en muchos casos, todavía perdura, la Administración Pública estaba dotada de capacidad de, en el caso concreto, tomar la decisión que considere más adecuada en función de las particularidades existentes en cada situación. Lo hacía, sea sobre la base de una determinación expresa y única que constaba en la Ley (acción vinculada), o en una apreciación subjetiva del caso concreto que llevara a una entre varias decisiones posibles, en los casos donde la Ley era capaz de proveer una solución única aplicable a todos los casos (acción discrecional)<sup>1</sup>.

No era relevante el camino recorrido por la Administración Pública en la toma de decisión, sino sólo la coherencia entre la decisión tomada y la autorización para actuar contenida en la Ley. El acto administrativo era, entonces, el elemento central del Derecho Administrativo, siendo lo restante de la actuación de la Administración Pública, en cierta medida, secundario. Como estaba dotada de capacidad de identificar y realizar el interés público, no se investigaba cómo se llegaba a determinada

decisión, sino que sólo se asumía que tal decisión, una vez contenida en los cuadrantes de la acción trazados por la Ley, era legítima. De ahí que, por ejemplo, la presunción de veracidad y la de legitimidad se encuentre entre los clásicos atributos del acto administrativo, lo que cada día resulta más cuestionable<sup>2</sup>.

Sin embargo, desde fines de la Segunda Guerra Mundial, con la consolidación del individuo como centro del ordenamiento jurídico, el *modus operandi* de la Administración Pública pasó por severas alteraciones. Ocurrió pues que importantes sectores de aquélla pasaron por considerables revisiones.

La consolidación en las diversas Constituciones post-guerra de la emergencia, de la afirmación, de la expansión y de la aplicabilidad directa de los derechos fundamentales<sup>3</sup>, bien como el desecho del mito vigente en el siglo XIX y en el inicio del siglo XX de la existencia de un interés público definible unilateralmente por el Estado dieron luces sobre la necesidad de creación de una forma de actuación de la Administración Pública que fuese pautada en la eficiencia del alcance de los resultados demandados por la sociedad y en conjunto con esta.

\* Traducción de Juan Monroy Gálvez y Christian Delgado Suárez.

\*\* Doctorando en Derecho del Estado por la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo (USP). LL.M. en Derecho Administrativo Económico por la Universidad de Osnabrück, Alemania. Profesor del Curso de Post-grado de la Facultad de Derecho de la Fundación Getúlio Vargas (GVLaw). Abogado en São Paulo.

1 Cabe recordar aquí la clásica lección de Hely Lopes MEIRELLES, según la cual: "La actividad administrativa encuentra plena justificativa en la imposibilidad del legislador catalogar, en la ley, todos los actos que la práctica administrativa presenta. Lo ideal sería que la ley regulase, minuciosamente la acción administrativa, modelando cada uno de los actos a ser practicados por el administrador, pero, como esto no es posible, dada la multiplicidad y diversidad de los hechos que piden pronta solución al Poder Público, el legislador solamente regula la práctica de algunos actos administrativos que reputa de mayor relevancia, dejando la comisión de los demás al prudente criterio de la Administración". En: *Os Poderes do Administrador Público. Revista de Direito Administrativo – Edição Histórica*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 329.

2 Sobre el tema, es imposible dejar de conferir las consideraciones de Vasco Manoel Pascoal Dias PEREIRA DA SILVA acerca de tales atributos de los actos administrativos, conforme *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, Coimbra: Almedina, 2003, p. 445 y ss., especialmente, p. 561.

3 En este sentido, compárese, en especial, el contenido del ítem 3 del artículo 1º de la Constitución de la República Federal de Alemania, que determina ser los derechos fundamentales derechos vinculantes a los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial y con aplicación directa a los casos concretos. En el mismo sentido, compárese el S 1º del artículo 5º de la Constitución Federal.

“Legalidad es, evidentemente, mucho más: es la comprobación de que la Administración Pública actuó, *en todo momento*, de acuerdo con el ordenamiento jurídico. Es propiamente una noción de juridicidad. Al contrario de lo que ocurre con el proceso civil, que, con distinciones de ritos, siempre contempla un camino de actos procesales destinados a la solución de una litis entre dos partes, y del proceso penal, que siempre contempla el camino a ser recorrido en la imposición de una pena, el proceso administrativo puede tanto contemplar el camino a ser recorrido para la imposición de una penalidad, cuanto para la solución de una litis, cuanto para la simple declaración de que alguien está habilitado a algo”.

No se puede admitir más que la Administración actúe libre de contratiempos, atada apenas a una atribución legislativa de competencia, en una concepción absolutamente restringida de legalidad. La legalidad no puede, en el contexto de alargamiento de los textos constitucionales y de la ampliación de los derechos fundamentales como sustento y límite de la acción estatal, seguir siendo vista como una simple operación matemática de aplicación de la Ley por el Administrador Público. Legalidad es,

evidentemente, mucho más: es la comprobación de que la Administración Pública actuó, *en todo momento*, de acuerdo con el ordenamiento jurídico. Es propiamente una noción de juridicidad<sup>4</sup>.

En este contexto, emerge el papel del proceso administrativo. El acto deja de existir aisladamente, pues pasa a ser entendido dentro de un contexto. Actuar de acuerdo a la Ley no es sólo respetar los cuadrantes legales de actuación, es mucho más. Es actuar con respeto a los derechos fundamentales de todos los involucrados en la actuación de la Administración Pública. Es tener en consideración todos los derechos e intereses legítimos subyacentes a una relación jurídica constituida, modificada o extinguida por la Administración Pública. Y, sólo con una actuación concatenada, concertada y, sobre todo, fundamentada, es que será posible comprobar la juridicidad de la acción administrativa.

Todas esas consideraciones precedentes son, actualmente, a pesar de alguna resistencia que no se agota en la doctrina y en la jurisprudencia, razonablemente asentadas en el Derecho Brasileiro. No obstante, según entendemos, aún carecen de un análisis más meditado los instrumentos legales existentes para hacer que el proceso administrativo efectivamente cumpla con su función en el orden jurídico.

La Ley Federal del Proceso Administrativo (Ley N° 9.784 del 24 de enero de 1999) completó recientemente diez años de vigencia y, en general, los operadores y aplicadores del Derecho, todavía con algún sabor de las antiguas características de la Administración Pública, tienden a verla como una matriz de fórmulas, distorsionando y reduciendo su contenido. La Ley N° 9.784/99 y las demás leyes estatales y municipales del proceso administrativo están a años luz de distancia de ser meras matrices de reglas y competencias que lleven a una nueva aplicación matemática del Derecho. Son instrumentos colocados a disposición de los administrados para la garantía del cumplimiento de sus derechos fundamentales<sup>5</sup>.

No se puede concebir que la Administración Pública actúe como lo hacía hace cincuenta años. El Derecho –a pesar del desesperado atavismo de algunos de sus operadores– no es estático. Es dinámico y pasó por considerables evoluciones, siempre con miras a la realización de las necesidades sociales<sup>6</sup>. Las normas modernas, creadas para dinamizar

4 Sobre algunas consideraciones nuestras acerca del sentido de la legalidad, compárese: RHEIN SCHIRATO, Vitor. *Algumas considerações atuais sobre o Sentido da Legalidade na Administração Pública*, Revista Interesse Público N° 47, ene/feb. Del 2008. Belo Horizonte: Fórum, p. 151 y ss.

5 Propiamente, Fábio Meda OSORIO clasifica la Ley N° 9.784/99 como “un decisivo paradigma de formação de direitos fundamentais dos administrados e de fixação de um novo formato para o relacionamento entre o Poder Público e a cidadania”. En: *Direito Administrativo Sancionador na Constituição de 1988*, Cuadernos Adenauer IX (2008), N° 1. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, setiembre del 2008, p. 61.

6 Sobre la cuestión, compárese la siempre útil lección de Dalmo de Abreu DALLARI contenida en *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 25ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 140 y 141.

y adecuar la Administración Pública, no pueden ser comprendidas como normas que confirman la manera anticuada de actuar. Ellas tienen que ser entendidas dentro de su contexto y, sobre todo, de acuerdo con los derechos fundamentales consagrados por el ordenamiento jurídico.

De esta manera, nuestra intención con el presente estudio es presentar algunas ideas acerca del contenido de las normas de derecho procesal administrativo intentando desprender de ellas su sentido correcto, adecuado con el orden jurídico dentro de la cual se inserta. Nuestra orientación estará basada en la noción de que el proceso administrativo es el instrumento por el cual se establece la forma de actuar de la Administración Pública, para asegurarse que este actuar está de acuerdo con los mandamientos contenidos en la Constitución Federal. En resumen, intentaremos extraer de las normas del proceso administrativo el carácter de uno de los instrumentos de efectación de la evolución del Derecho Administrativo contenida en la Constitución Federal de 1988 y tan bien apuntada por Odete MEDAUAR, cuando afirma:

“En el curso de 20 años, la Constitución se reveló catalizadora de la evolución del Derecho Administrativo y de prácticas administrativas en pro de los derechos de las personas físicas y jurídicas. Pero aún no es suficiente, en especial en lo tocante a la práctica administrativa, con ciudadanos aún tratados como súbditos, en contraste a la Constitución. Esta debe tornarse cada vez más viva y plenamente respetada, reduciéndose la distancia entre su letra y su aplicación, lo que es tarea de todos y, de modo más acentuado, de los profesionales del Derecho”<sup>7</sup>.

Y pretendemos realizar la misión a la cual nos proponemos por medio de la localización de las normas del proceso administrativo en el actual Derecho Administrativo y por medio de una disociación del proceso administrativo del proceso civil. Pese a ser posible identificar en cada una de las formas de actuación del Estado una procesalidad con principios normativos comunes<sup>8</sup>, el proceso administrativo presenta peculiaridades en cuanto a su finalidad, que nos impiden trazar paralelos con otras disciplinas procesales, como el proceso civil o el proceso penal. Tales paralelos, en determinados casos, más de los indeseados, conducen a errores, que hacen nuevamente aflorar las erradas ideas de

proceso y del contenido de las normas procesales que mencionamos arriba.

De cara a eso, en el presente estudio intentaremos, a partir de la identificación de los tipos de proceso administrativo y de las normas definidoras de legitimidad y de capacidad procesales, asentar el carácter del Proceso Administrativo de instrumento de cumplimiento de las normas constitucionales consagradoras de derechos fundamentales a los ciudadanos.

## II. CONCEPTO DE PROCESO ADMINISTRATIVO

Conceptuar el Proceso Administrativo no es una de las tareas más simples, pues no hay apenas un proceso administrativo, sino una pluralidad de Procesos Administrativos. Como será detenidamente analizado a lo largo de este estudio, las distinciones en los tipos de Procesos Administrativos hacen que no sea posible procurar identificar un único rótulo que designe todas las formas de proceso, sino un género (actividad procesal de la Administración Pública), que comporta diversas y distintas especies.

De forma absolutamente genérica, se puede entender que el proceso, en derecho, remite a la sucesión encadenada de actos destinados a la producción de un acto final, conforme un trámite disciplinado por Ley. Al contrario de lo que ocurre con el proceso civil, que, con distinciones de ritos, siempre contempla un camino de actos procesales destinados a la solución de una litis entre dos partes, y del proceso penal, que siempre contempla el camino a ser recorrido en la imposición de una pena, el proceso administrativo puede tanto contemplar el camino a ser recorrido para la imposición de una penalidad, cuanto para la solución de una litis, cuanto para la simple declaración de que alguien está habilitado a algo<sup>9</sup>.

En este sentido, se puede entender que el Proceso Administrativo, genéricamente considerado (i.e., considerado por el género que comporta distintas especies) es una secuencia de actos encadenados, interrelacionados e interdependientes, destinados a la producción de un acto final con contenido insertado en las materias de competencia de la Administración Pública. Es, conforme la lección de CASSESE, la secuencia de actos esenciales al desarrollo de cualquier función compleja, en la medida en que no hay decisión que sea expedida

7 MEDAUAR, Odette. *Constituição de 1988: Catalizadora da Evolução do Direito Administrativo?* Revista do Advogado, Año XXVIII, setiembre del 2008, N° 99, São Paulo: AASP, p. 107.

8 Cf. Marques NETO, Floriano de Azevedo Marques. *Ensaio sobre o Processo como Disciplina do Exercício da Atividade Estatal*. En: DIDIER JR., Fredie y JORDÃO, Eduardo Ferreira (coords.). *Teoria do Processo*. Salvador: Ed. Podivm, 2008, pp. 262-263.

9 Carlos Ari SUNFELD, analizando las particularidades del proceso jurisdiccional y del proceso administrativo, anota tres distinciones esenciales, las cuales son: (i) las decisiones jurisdiccionales son inmutables, al paso que las administrativas, en general, son mutables; (ii) los miembros del Poder Judicial son dotados de independencia, al paso que los miembros de la Administración Pública están siempre sujetos a jerarquía; y (iii) el Poder Judicial solamente puede actuar por provocación, al paso que la administración puede (y debe) actuar de oficio. Cf. *A Importancia do Procedimento Administrativo*, en: Revista de Direito Público, año XX, oct./dic. 1987, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 71.

aisladamente. Hay siempre un conjunto de actos que llevan a la decisión final, siendo el proceso la organización de la secuencia de ese conjunto<sup>10</sup>.

En la lección preciosa de Adolf MERKL, hay una distinción entre *fieri* y *factum*, o sea, entre un hacer y un hecho, siendo el hacer dinámico y el hecho estático, ambos efectos a toda actividad administrativa. De ahí deriva el hecho de que todo acto administrativo (hecho) nada más es el resultado de un proceso administrativo (hacer)<sup>11</sup>.

Siendo así, en la adopción de un concepto para el género Proceso Administrativo, no hay que considerarse la finalidad del proceso (tal como ocurre con relación al proceso civil y al proceso penal), pero sí se debe llevar en consideración el meollo de la actividad procesal de la Administración Pública que es la determinación del *iter* que debe ser recorrido para llegar a una determinada decisión, esto es, el *venir a ser* del acto administrativo, adoptando los términos precisos de Odete MEDAUAR<sup>12</sup>.

### III. FUNCIONES DEL PROCESO ADMINISTRATIVO

Las funciones del Proceso Administrativo pasaron por una considerable evolución a lo largo de las últimas décadas. En tanto que, en un primer momento, el proceso era irrelevante, en función del acto administrativo a su fin expedido, a los pocos, se pasó a depositar mayor importancia al camino recorrido para la producción del acto. La razón para tanto es muy simple: el foco pasó de la Administración Pública para el administrado, haciendo que, a todo tiempo, fuese imperativo el completo respeto a la pléyade de intereses asegurados a los individuos, incluyéndose aquellos concernientes al derecho de participación y de contradicción en la formación del acto administrativo.

En este sentido, según entendemos, se puede verificar la existencia de dos especies de función del proceso administrativo: una especie formal y una especie material. Las funciones formales del proceso conciernen, específicamente, al *iter* a ser recorrido por la Administración Pública para la formación del acto final (i.e., la cual es la finalidad de establecer un camino a ser recorrido) y son aplicables a todos los procesos administrativos existentes. De otro lado, las funciones materiales conciernen al papel del proceso de cara a las especificidades de la materia que constituye objeto del proceso (i.e., la cual es la función del proceso en función

del acto que será producido) y son aplicables de forma modulada conforme los procesos *in specie* considerados.

Siendo esto así, pasaremos al análisis de cada una de las funciones que identificamos.

#### III.1. Funciones Formales

Como propiamente afirma Carlos Ari SUNDFELD:

“La voluntad de la Administración es la voluntad de la Ley concretizada. Pero ocurre que, entre la Ley y el acto administrativo existe un largo curso. Aquel no se transforma automáticamente en este: un trámite lógico y real se interpone. Es justamente este concretizarse que necesitamos conocer, regular y controlar”<sup>13</sup>.

Además de eso, conforme a la clásica lección de Feliciano BENVENUTI, el proceso es el camino a ser recorrido para la transformación de la función en acto<sup>14</sup>. Así se puede exponer que una primera función formal que se puede identificar del proceso administrativo es establecer cómo la función prevista en la Ley para la actuación de la Administración Pública será transformada en el acto final a ser producido.

El proceso bajo un enfoque formal, tendría la función, por lo tanto, de establecer el modo de concretización del poder de acción de la Administración Pública en un acto. La razón de ser de esta función del Proceso Administrativo es garantizar que todos los derechos que deban ser observados en la producción del acto final sean debidamente observados. Nuevamente, valiéndonos de las lecciones de Carlos Ari SUNDFELD, la voluntad de la Administración Pública, al contrario de la voluntad de sus agentes privados, no es libremente pasible de expresión. Depende de un camino previamente establecido para que pueda ser expresada, siendo este camino el *Proceso Administrativo*<sup>15</sup>.

Esta primera función formal del proceso administrativo presenta, según entendemos, una vinculación directa a dos finalidades, las cuales son, en primer lugar, el aumento del campo de incidencia del control de la actividad de la Administración Pública y, en segundo lugar, un mayor equilibrio entre el autoritarismo típico de la Administración Pública y los derechos asegurados por el orden jurídico a los individuos.

10 Cf. CASSESE, Sabino. *Le Basi del Diritto Administrativo*. 9ª ed. Garzanti: Milán, 2000, p. 305.

11 MERKL, Adolf. *Teoria General del Derecho Administrativo*. Trad. México, 1975, pp. 278-279.

12 MEDAUAR, Odete. *A processualidade no Direito Administrativo*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008, p. 28.

13 SUNDFELD, Carlos Ari. *A importancia do Procedimento Administrativo*, p. 65.

14 BENVENUTI, Feliciano. *Funzione Amministrativa, Procedimento, Processo*. En: *Revista Trimestrale di Diritto Pubblico*. Ene/mar., 1952, tomo I, pp. 118-144.

15 SUNDFELD, Carlos Ari. *A Importancia do Procedimento Administrativo*, p. 67.

A partir del momento en que se establece que la función de la Administración Pública solamente puede ser ejercida si es recorrido determinado camino previsto en la Ley, es evidente que cualquier desvío en el trazado de ese camino traerá máculas al acto final producido en el ejercicio de la función. Es decir, al establecerse cómo un determinado acto de la Administración Pública será producido, evidentemente el control pasará a incidir no sólo sobre el acto final producido, pero también sobre todos los actos producidos en cadena que precederán al acto final.

Tal como pudimos señalar en un estudio anterior sobre la materia:

“Al percibirse que el acto administrativo dejó de existir aisladamente, pero sí está insertado en un todo, no se puede pensar en el control jurisdiccional referente al acto aislado, siendo esencial y coherente que también incida el control sobre el todo procesal en el cual el acto estará insertado. La procesalización de la actuación de la Administración Pública ofrece, incuestionablemente, mayores elementos al control jurisdiccional, asegurando la preservación de los derechos conferidos a los ciudadanos por el orden jurídico”<sup>16</sup>.

El camino a ser recorrido para la producción de un acto administrativo, o sea, para determinar cómo la *función* será transformada en el acto final, contempla diversos derechos de los ciudadanos que no pueden ser olvidados en el momento de control de los actos de la Administración Pública. Es lo que ocurre con los derechos y garantías fundamentales del contradictorio y de la amplia defensa (inciso LV del artículo 5° de la Constitución Federal), de la publicidad de los actos procesales (inciso LX del artículo 5° de la Constitución Federal), de la duración razonable del Proceso Administrativo (inciso LXXVIII del artículo 5° de la Constitución Federal), entre otros, cuyo control de respeto y promoción no pueden escapar del control de *legalidad* (tanto en sentido formal, como en sentido material) de los actos administrativos.

Además de eso, al darse luz al camino recorrido por la Administración Pública para la producción de un acto, podrá el agente controlador obtener, con mucha mayor precisión, la existencia o no de desvíos de finalidad, pues podrá controlar la coherencia entre los elementos y contenidos de cada uno de los actos precedentes (bien como de todas las pruebas y demás documentos procesales) como el acto final producido, de tal forma que queda comprobada la finalidad de control de la primera función del proceso administrativo ahora expuesta.

Por fin, tal como fue mencionado antes, la función de transformación de la función en acto que ostenta el proceso administrativo tiene también papel decisivo en el equilibrio en las relaciones entre Administración Pública e individuos. El Derecho Administrativo, por consecuencia, la Administración Pública, vive constantemente el desafío de encontrar el equilibrio entre libertad y autoridad, puesto que al mismo tiempo en que son conferidos poderes extraordinarios a la Administración Pública para la realización de sus fines (los llamados poderes exorbitantes), son conferidos a los ciudadanos derechos fundamentales, que deben ser preservados de cara a los poderes especiales de los que goza la Administración Pública.

En este sentido, el Proceso Administrativo, como elemento prestante a la definición del camino a ser recorrido para el ejercicio de las funciones (y, por consecuencia, de los poderes, visto que son inherentes a las funciones) de la Administración Pública, acaba por tener también la finalidad de equilibrar la relación entre libertad y autoridad, en la medida en que, además de posibilitar la completa participación de los interesados (como más adelante desarrollaremos), como muy bien pondera Carlos Ari SUNDFELD:

“Garantiza que la voluntad funcional, que se expresará en el acto, no sea entusiasmado por la voluntad del agente, sino que signifique una voluntad equilibrada, esclarecida, racional, imparcial. En suma, asegura que el agente no se transforme en fin, sino que guarde su papel de mero intermediario”<sup>17</sup>.

Siendo así, se tiene que el Proceso Administrativo, considerado como género y, por lo tanto, cualquiera que sea su especie, tendrá siempre la función, del punto de vista formal, de establecer el camino (*fiere*) a ser necesariamente recorrido por la Administración Pública para la producción del acto final (*factum*), el que tiene la finalidad de ampliar el campo de control de la actuación administrativa y de procurar un mayor equilibrio entre libertad y autoridad.

En segundo lugar, vislumbramos una segunda función del Proceso Administrativo, que puede figurarse un tanto obvia, pero es de relevancia innegable en los días actuales. Tal función es la de organizar la actividad administrativa, concediéndole un *modus operandi*. Como propiamente pondera Sabino CASSESE, el actual grado de complejidad y multiplicidad de agentes en la Administración Pública hace que el proceso asuma la función de organizar el proceso decisorio y las formas de interacción entre los agentes públicos envueltos<sup>18</sup>.

16 RHEIN Schirato, Vitor. *O Processo Administrativo como Instrumento do Estado de Direito e da Democracia*. En: MEDAUAR, Odete / (org.). *Atuais Rumos do Processo Administrativo*, São Paulo.

17 SUNDFELD, Carlos Ari. *A Importancia do Procedimento Administrativo*, p. 67.

18 CASSESE, Sabino. *Le Basi del Diritto Administrativo*, p. 308.

Y, en tercer lugar, otra función del Proceso Administrativo que no puede ser olvidada es aquella que concierne a la identificación de la cual es el interés público que debe prevalecer en el caso concreto de la actuación de la Administración Pública, entre los diversos intereses públicos y privados legítimos que subyacen a una determinada manifestación de la Administración Pública.

Como de manera brillante diserta Sabino CASESE:

“posterior a la afirmación del Estado pluri-clase, cada interés colectivo es susceptible de reconocimiento y de tutela pública. No existe el interés público, sino los intereses públicos, en plural. Las leyes de canonización de tales intereses, no pueden siempre establecer una escala entre ellos, indicando cual debe prevalecer. De los cuales, hay un gran número de intereses públicos concurrentes. Por lo tanto, los órganos públicos se encuentran en la posición de ser los portadores del fin de la competición entre los intereses. (...) En ese sentido, el proceso desarrolla la competencia – por así decirlo – de “superrey” o de decisión de segundo grado, con la función de solucionar los conflictos entre los intereses colectivos, que se tornaron públicos (...)”<sup>19</sup>.

En esta senda, hay una función del proceso administrativo de hacer emerger al conocimiento de la Administración Pública cuáles son los intereses colectivos dotados de legitimidad que deben ser considerados, ponderados y sopesados, para que al final del proceso exista la definición de cuál o cuáles deben prevalecer sobre los demás y cuál medida deberá verificar esa prevalencia.

Actualmente, no hay cómo hablarse más de “supremacía del interés público” o cualquier otra formulación que parta del presupuesto de la existencia de un único y absoluto interés público puesto bajo el cuidado de la Administración Pública. En una sociedad plural, con diversos y complejos centros de intereses, siempre habrá el choque entre intereses colectivos dotados de legitimidad e intereses privados que no pueden ser simplemente suprimidos.

La construcción de un interés público único y supremo lleva a una Administración Pública autoritaria, antidemocrática, en la medida en que concede al administrador público el poder de escoger qué interés privilegiar en el caso concreto. Con la institución del Proceso Administrativo como instrumento

de la Administración democrática, el presupuesto de este interés público único debe ser necesariamente suprimido, determinándose que, por medio del proceso, sean identificados todos los intereses subyacentes y, a partir de decisión ponderada y debidamente fundamentada, sea determinado cuál deberá prevalecer.

Exactamente en este sentido camina el entendimiento de la mejor doctrina, cuyo ejemplo podemos extraer de la siguiente consideración de Jens-Peter SCHNEIDER:

“Al proceso deben ser traídos los intereses públicos y privados para la ponderación. Esa regla vale especialmente en constelaciones procesales multipolarizadas y multidimensionales, en las cuales no cabe a la Administración un establecimiento unilateral del interés, pero sí una optimización de los intereses de manera jurídica y pre-determinada también con relación a los particulares”<sup>20</sup>.

Por lo tanto, según entendemos, una de las más relevantes funciones del proceso concierne exactamente al arbitramento de los intereses subyacentes a la decisión de la Administración Pública, con la finalidad de garantizar que haya una decisión ponderada y fundamentada acerca de cuál es el interés que debe prevalecer. En razón de esta función, como se verá adelante, el proceso administrativo es necesariamente más abierto de lo que el proceso jurisdiccional es, haciendo creer al primero características absolutamente propias.

Finalmente, en una concepción bastante actual del proceso administrativo, hay una cuarta e innegable función que le puede ser atribuida. Tal función concierne al establecimiento de las formas de interacción entre Administración Pública y particular. Recordando las lecciones de Vasco Manoel Pascoal Pereira DIAS DA SILVA<sup>21</sup>, no se puede concebir más que a la Administración Pública le sea concedido un poder de actuar siempre unilateralmente, en razón de la supremacía o de una superioridad. Se debe entender que la Ley confiere a la Administración Pública el poder expedir un acto final de forma unilateral, en diversas oportunidades.

Aun, pese a que el acto final sea unilateral, se debe, en tanto y en cuanto sea posible, partir del presupuesto de que el proceso de formación del acto sea concertado, bi o plurilateral, envolviendo no sólo un trámite interno y burocrático de la Administración

19 Ibidem. (traducción nuestra).

20 SCHNEIDER, Jens-Peter. *Struken und Typen von Verwaltungsverfahren*, en: HOFFMANN-RIEM, Wolfgang / SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard / VOSSKUHL, Andreas (org.). *Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band II*, Munich: C. H. Beck, 2008, p. 527 (traducción nuestra y cursiva del autor).

21 Afirma el autor: “Yo diría que los actos administrativos gozan de eficacia inmediata y se imponen a los sujetos privados porque son unilaterales, y no en virtud de cualquier otra ‘extraordinaria’ cualidad del acto, o característica de la Administración. No siendo, pues, necesario invocar pretendida cualidad de ‘ejecutoriedad’, de ‘imperatividad’ o de ‘obligatoriedad’, o inventar una ‘presunción de legalidad’ de los actos administrativos, o aun recurrir a características específicas de la Administración, o

Pública, pero sí todos los envueltos con los resultados que el acto producirá. El administrado interesado en la producción del acto final (que podrá, inclusive, tener la forma bilateral<sup>22</sup>) puede y debe participar del proceso de formación del acto, no pudiendo, en un contexto democrático y centrado en el individuo y en su complejo de derechos, ser dejado al margen de la actuación administrativa.

En este sentido, endosamos integralmente las palabras de Giovanni VIRGA, que afirma:

“(...) el proceso administrativo –o mejor, los varios procesos administrativos– no son previstos y disciplinados por el ordenamiento para una simple selección de intereses, sino para que más permanente cooperación entre sujetos públicos y privados que consiente a la traducción en los términos del acto (o del acuerdo) de los principios de imparcialidad y del buen andamento de las administraciones públicas. (...) El administrador se transforma, así, no en fruto de una actividad unilateral de las Administraciones, previsto principalmente si no, exclusivamente, en el interés de esta última, sino en un acto comunitario y largamente compartido (...), previsto en el interés del Estado-Comunidad y no de Estado-Aparato”<sup>23</sup>.

Siendo así, del punto de vista formal, vemos claramente atribuidas al proceso administrativo cuatro funciones distintas, las cuales son: (i) establecer el camino a ser recorrido entre el ejercicio de la función prevista en la Ley y el acto final producido; (ii) organizar la actividad administrativa; (iii) establecer los mecanismos de determinación del interés público que deberá prevalecer entre todos los intereses colectivos dotados de legitimidad existentes, posterior al proceso de ponderación y arbitramento y; (iv) establecer las formas de interacción entre Administración Pública y particulares, en un contexto de actuación concertada. Hechas estas consideraciones, pasemos a analizar las funciones materiales del proceso administrativo.

### III.2. Funciones Materiales

Tal como fue advertido arriba, entendemos que, además de las funciones formales descritas en el tópico precedente, el Proceso Administrativo tiene funciones materiales, que varían conforme el tipo de proceso que se pone en análisis. Tales funciones se destinan a garantizar la efectividad, del punto de vista de la protección del complejo de derechos individuales asegurado por el orden jurídico, del acto final a ser producido en el proceso, en la medida en que no hay sólo un tipo de Proceso Administrativo, pero sí una pluralidad de procesos, variables conforme su objetivo.

Considerándose que nos detendremos, con el detalle necesario, en el tema de los tipos de proceso administrativo en el próximo ítem, no profundizaremos en este momento el tema de las funciones formales de cara a los tipos de proceso, dejándolo para hacerlo en el momento de tratar de cada proceso individualmente.

### IV. TIPOS DE PROCESO ADMINISTRATIVO

La cuestión de los tipos de Proceso Administrativo no presenta sistematización unánime en la doctrina. Tanto entre los doctrinadores brasileiros, cuanto entre los doctrinadores extranjeros, es posible identificar diversas formas de sistematización y criterios para identificar cuáles son los tipos de Proceso Administrativo existentes<sup>24</sup>. La razón para esto reposa en el hecho que expusimos en el inicio de este estudio, cual es la existencia de múltiples finalidades y múltiples actividades de la Administración Pública que son abarcadas por la procesalidad de la Administración Pública.

Al contrario de lo que ocurre con el proceso civil y con el proceso penal, en los cuales siempre ha delimitado el campo de abarcamiento y la finalidad a ser alcanzada (imposición de una pena y/o solución de una litis)<sup>25</sup>, el Proceso Administrativo desempeña múltiples funciones dentro de la organización de la actividad administrativa, lo que

del propio Estado para justificar efectos que derivan del ejercicio de poderes unilaterales de decisión, de naturaleza potestativa, y que ni siquiera son exclusivos de actuación administrativa”. Cf. SILVA, Vasco Manoel Pascoal Dias Pereira da. *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, p. 561.

22 Sobre algunas consideraciones de actos bilaterales, compruébese: RHEIN SCHIRATO, Vitor / PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Consenso e Legalidade: Vinculação da Atividade Administrativa Consensual ao Direito*. En: Revista Brasileira de Direito Público, año 7, Nº 27, oct. /dic. 2009, Belo Horizonte: Fórum, pp. 67-93.

23 VIRGA, Giovanni. *La Partecipazione al Procedimento Amministrativo*. Milán: Giuffrè, 1998, p. 15 (traducción nuestra).

24 Sobre una visión general de los posicionamientos doctrinarios, véase MEDAUAR, Odette. *A Processualidade no Direito Administrativo*, pp. 134-140. Para la autora, existen los siguientes tipos de proceso administrativo: (i) procesos administrativos en los que hay controversia, conflictos de intereses, que son divididos entre los procesos de gestión, procesos de otorgamiento, procesos de verificación o determinación y procesos de revisión; y (ii) procesos en los que hay acusados, denominados procesos sancionadores o punitivos, los cuales son divididos entre los procesos internos y externos (página 140). Todavía recuerda Demian GUEDES que los procesos administrativos puede ser clasificados a partir de diferentes criterios, tales como la existencia o no de interesados extraños a la Administración Pública, al tipo de acto emanado, a los efectos producidos sobre los derechos de los interesados o, aun, en cuanto a las características comunes. Cf. *Processo Administrativo e Democracia – Uma Reavaliação da Presunção de Veracidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 67. De la misma forma, José dos Santos Carvalho FILHO menciona la posibilidad de una clasificación en cuanto a la naturaleza, al objeto y al abarcamiento del proceso. Cf. *Processo Administrativo Federal*, 4ª ed., Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009, p. 24.

25 Es interesante con relación a esta cuestión mencionar que el proceso civil viene pasando por transformaciones, en la medida

hace que los criterios típicamente existentes en el derecho procesal no sean aplicables *in totum* al Proceso Administrativo<sup>26</sup>.

De tal suerte, para que alcancemos el propósito que en este estudio perseguimos, proponemos, concordando con el entendimiento de Jens-Peter SCHNEIDER, que los tipos de Proceso Administrativo deben ser encontrados en función de las tareas que son atribuidas por Ley a la Administración Pública<sup>27</sup>. Es decir, siendo puestas por la Ley una serie de decisiones que dependen de la Administración Pública y siendo el Proceso Administrativo el instrumento para transformar las funciones impuestas a la Administración Pública en decisiones, entendemos que habrá variación de los tipos de Proceso Administrativo en función del tipo de decisión de la Administración Pública que se tenga en vista<sup>28</sup>.

No obstante, teniendo en vista la gama cada vez mayor de actividades que son acometidas a la Administración Pública, en razón del aumento de sus campos de actuación, no entendemos la posibilidad de identificar todas las decisiones de la Administración Pública para de ahí procurar exponer todos los respectivos tipos de proceso administrativo. No obstante, entendemos que es absolutamente posible identificar categorías de decisiones administrativas que designen tipos propios de procesos. Con eso, tenemos que, aunque diversas funciones de la Administración Pública puedan encontrar alguna forma de desdoblamiento en lo que concierne a la decisión proferida, en función del campo en que ocurren o de otras peculiaridades específicas, hay categorías de decisiones de la Administración Pública que reúnen todas las formas de actuación administrativa y, así, nos permiten sistematizar los tipos de procesos administrativos que entendemos existentes.

En este sentido, para tornar posible una sistematización de los tipos de Proceso Administrativo,

partiremos de la teoría clásica de clasificación de las acciones del proceso civil, para que con las adaptaciones necesarias al proceso administrativo, podamos identificar la siguiente tipología: (i) *Proceso Administrativo Sancionador*, y (ii) *Proceso Administrativo Normativo*. Tales tipos procesales podrán ser tanto Procesos Administrativos de interés público, cuanto Procesos Administrativos de interés particular, conforme su objeto y su instauración<sup>29</sup>.

Menciónese apenas que el acto a ser producido es utilizado solamente como base para la definición de los tipos existentes de Proceso Administrativo, pues, como muy bien menciona Vasco Manoel Pascoal Dias pereira da SILVA, citando a NIGRO, el objeto del proceso será siempre el acto a ser producido, *conjuntamente con la "consideración y confirmación del modo de ejercicio del poder administrativo"*<sup>30</sup>. Así, es necesario resaltar que, al tratar el acto como el elemento definidor del tipo de proceso, no nos olvidamos que también constituye objeto del Proceso Administrativo la definición de la forma del ejercicio del poder por los órganos y entidades estatales.

Por lo tanto, hecha esa necesaria consideración, partiremos en este momento al análisis de cada uno de los referidos tipos de proceso administrativo.

#### IV.1. Proceso Sancionador

El Proceso Administrativo Sancionador es el más clásico y conocido de los procesos administrativos y es aquel en el que claramente se puede percibir la existencia de *partes* identificables y de un conflicto de intereses. Esto ocurre, pues en el Proceso Administrativo Sancionador, está, de un lado, la Administración Pública pretendiente del ejercicio de su derecho de castigar, inserto en el *ius imperium* y, de otro lado, el particular, sujeto a la imposición de la penalidad pretendida por la Administración Pública. El objeto del proceso es claramente identificable

en que el aumento de acciones sincréticas, en las cuales se procura más de un proveimiento, hace que se torne dificultosa la clásica clasificación de las acciones en función de la tutela jurisdiccional. Cf. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – vol. 1, Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*, 11ª ed., Salvador: Podivm, 2009, p. 200.

- 26 En ese sentido, afirma Sabino CASSESE: "El proceso se presenta como una secuencia articulada en relación al modelo directo a regular el juego entre el juez y las partes. La codificación procesal civil y penal diseñó tal secuencia de forma unitaria. El procedimiento (administrativo), al contrario, es una secuencia ordenada no según un modelo único, sino correspondientemente a diversos modelos, impuestos por los intereses o fines públicos o de sus interferencias". En: *Le Basi del Diritto Amministrativo*, pp. 313-314.
- 27 Cf. SCHNEIDER, Jens-Peter. *Strukturen und Typen von Verwaltungsverfahren*, pp. 614-615.
- 28 En ese sentido, afirma Aldo SANDULLI: "Se puede decir, de cualquier forma, principio normal – y lo contrario sería incompatible con la legalidad de la acción estatal: norma que está en la base de la concepción moderna de Estado (...) – que el ordenamiento jurídico, en general, al determinar una cierta acción del poder público, establece al mismo tiempo, por lo menos las líneas generales, de qué garantías sustanciales y formales deben acompañar tal acción". Cf. *Il Procedimento Amministrativo*. Milán: Giuffrè, 1964, p. 88.
- 29 Procesos administrativos de interés público serían aquellos iniciados *ex officio* por la Administración Pública para la satisfacción de intereses colectivos (independientemente de la posibilidad de provocación de un particular para que la Administración Pública de inicio, o no, al proceso, como ocurre en los casos en que haya denuncias, por ejemplo) y procesos administrativos de interés particular serían aquellos iniciados para la satisfacción de un interés particular, iniciados a pedido exclusivamente del interesado. Cf. BOTELHO, José Manuel Santos / ESTEVES, Américo Pires / PINHO, José Candido. *Código de Procedimento Administrativo Anotado e comentado*, 4ª ed., Coimbra: Almedina, 2000, p. 257.
- 30 Cf. SILVA, Vasco Manoel Pascoal Dias Pereira da. *Para um Contencioso Administrativo dos Particulares*. Coimbra: Almedina, 2005, pp. 182-183.



como la penalidad que se pretende imponer y, la polarización de las partes y de sus intereses.

Tanto es así que el Proceso Administrativo Sancionador es bastante asemejado al proceso penal, tanto en lo que concierne al objeto del proceso, cuanto en lo que concierne a los intereses de las partes, cuanto, finalmente, en lo que concierne también a las garantías que son puestas a disposición del particular<sup>31</sup>. Las distinciones existentes entre el Proceso Administrativo Sancionador y el proceso penal conciernen, principalmente, (i) al ámbito de desarrollo del proceso, en la medida en que el Proceso Administrativo Sancionador se desarrolla en la esfera administrativa en tanto que el proceso penal se desarrolla en la esfera jurisdiccional, (ii) al objeto del proceso, en la medida en que el Proceso Administrativo Sancionador envuelve la ocurrencia de una infracción administrativa, mientras que el proceso penal envuelve la ocurrencia de un *tipo penal*, y (iii) a la eficacia de la decisión, en la medida en que la decisión administrativa siempre estará sujeta a la revisión jurisdiccional (por fuerza de la aplicabilidad del inciso XXXV del artículo 5º de la Constitución Federal), mientras que, la decisión en el proceso penal no está sujeta a revisiones, excepto cuanto a los recursos dentro del propio Poder Judicial eventualmente existentes.

El acto final del Proceso Administrativo Sancionador es la imposición de una sanción administrativa, la declaración de su inaplicabilidad, en caso no se verifiquen presentes de los presupuestos que le dan cabida, o, finalmente, la celebración de instrumento de transacción para la sustitución de la penalidad<sup>32</sup> por prestación a cargo del infractor, en el ejercicio del consenso por la Administración Pública.

Valiéndonos de las lecciones de Fábio MEDINA OSÓRIO, no todas las medidas gravosas impuestas por la Administración Pública o que presenten carácter disciplinario son sanciones administrativas, pese a ser las sanciones administrativas medidas gravosas y que tienen carácter disciplinar. En esta senda, entiende el autor que son sanciones administrativas:

“(…) un mal o castigo, porque tiene efectos aflictivos, con alcance general y potencialmente pro

«Con la institución del Proceso Administrativo como instrumento de la Administración democrática, el presupuesto de este interés público único debe ser necesariamente suprimido, determinándose que, por medio del proceso, sean identificados todos los intereses subyacentes y, a partir de decisión ponderada y debidamente fundamentada, sea determinado cuál deberá prevalecer».

futuro, impuesto por la Administración Pública, materialmente considerada, por el Judicial o por corporaciones de Derecho Público, a un determinado administrado, justiciable, agente público, persona física o jurídica sujetos o no a especiales relaciones de sujeción con el Estado, como consecuencia de una conducta ilegal, tipificada en una norma prohibitiva, con finalidad represora o disciplinaria, en el ámbito de la aplicación formal y material del Derecho Administrativo<sup>33</sup>.

Siendo así, se tiene, de forma clara, que el Proceso Administrativo Sancionador es un *Proceso Administrativo de interés público*, en la medida en que busca realizar un interés colectivo y debe, necesariamente, ser iniciado *ex officio* por la Administración Pública, aunque por cuenta de una provocación de un particular (en los casos de denuncia de una violación de una legislación, por ejemplo). Teleológicamente, el Proceso Administrativo Sancionador busca imponer a un agente las consecuencias por una conducta irrespetuosa a una norma de Derecho Adminis-

31 Para corroborar este entendimiento, cabe mencionar que Fábio Medina OSÓRIO menciona la existencia de un “Derecho Procesal Sancionador”, que podrá ser el Derecho Procesal Administrativo o el Derecho Procesal Penal. Cf. *Direito Administrativo Sancionador*, 2ª ed., São Paulo, p. 477.

32 Como muy bien pondera Floriano de AZEVEDO MARQUES NETO, “exactamente por la creciente aproximación del ejercicio de la función sancionadora del poder público con sus finalidades mayores (tutela de los intereses de la colectividad especialmente de los hiposuficientes) es que venimos asistiendo (fuertemente en el derecho penal, pero también en el ejercicio sancionador del poder regulatorio) crecientemente la utilización de modernos instrumentos de transacción penal y de alternitud punitiva. Tales tendencias derivan justamente de la percepción de la vinculación de la actividad penal al carácter menos punitivo y más finalístico de la actividad sancionadora. Al final, como vimos, el Estado no ejerce su poder de imperio de castigar pautado por la voluntad punitiva, sino para hacer valer pautas y finalidades de interés colectivo. Se reprimen conductas desviadas sólo para que la conducta recta continúe a ser perseguida por los actores sociales y económicos”. En: *Aspectos Jurídicos do Exercício do Poder de Sanção por Órgão Regulador do Setor de Energia Elétrica*. Revista de Direito Administrativo N° 221, Rio de Janeiro: Renovar, julio-setiembre del 2000, p. 367.

33 OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*, p. 104.

trativo, con una conducta debidamente tipificada, asegurando la efectividad de las normas jurídicas que componen el ordenamiento jurídico.

En lo que concierne a las funciones materiales, el Proceso Administrativo Sancionador es el tipo de proceso que presenta las funciones materiales más relevantes para la concretización del Estado de Derecho. Esto ocurre, pues, del punto de vista de la función material, el Proceso Administrativo es el más valioso instrumento de contención del poder estatal, en privilegio de los derechos individuales. Un análisis del contenido de las garantías previstas en el artículo 5° de la Constitución Federal –y, directa o indirectamente, reproducidas en la Ley N° 9.784/99– deja muy clara la constitución a favor del administrado de una serie de derechos y garantías fundamentales protectoras contra la imposición de penalidades arbitrarias.

Como muy bien pondera Fábio MEDINA OSÓRIO, la Constitución Federal de 1988 tuvo la preocupación de hacer que el poder sancionador de la Administración Pública fuese en todo tiempo condicionado a la observancia de derechos y garantías fundamentales de los ciudadanos, tales como los derechos fundamentales al debido proceso legal, al contradictorio y a la amplia defensa, a la presunción de inocencia, a la prohibición de obtención de pruebas ilícitas y todas las demás garantías aplicables al proceso penal. Se trata de un escenario distinto al existente sobre la égida del texto constitucional anterior, en la cual *“las garantías fundamentales, aunque eran existentes, eran tímidas y condicionadas a los contornos del interés público, aquí visto como una fórmula mágica que todo podría abarcar”*<sup>34</sup>.

De ese modo, se tiene en claro que la función material del Proceso Administrativo Sancionador es asegurar la eficacia de las garantías constitucionales puestas a favor de los administrados anteriormente a la imposición de una sanción administrativa. Un acto sancionador que venga a ser editado sin la debida observancia de las garantías individuales creadas por la Constitución Federal será fatalmente nulo, puesto que tal falta de observancia se constituye como grave violación a las normas fundamentales del Estado de Derecho.

#### IV.2. Proceso Administrativo Declaratorio

El Proceso Administrativo declaratorio es aquel en el que el acto proferido por la Administración Pública tiene como objeto una declaración acerca de una

situación jurídica. Aunque pueda haber incluso una constitución de derecho, ésta siempre es secundaria, siendo la finalidad primigenia del proceso la emisión de un acto administrativo que declara una determinada situación jurídica.

Es ejemplo del Proceso Administrativo declaratorio la licitación pública, en la medida en que los actos producidos a lo largo del proceso tienen la finalidad de declarar una situación jurídica acerca de aquellos que pretenden contratar con la Administración Pública – declaración que los licitantes que tienen condiciones subjetivas de contratar con la Administración Pública (habilitación)<sup>35</sup>, declaración de la cual el licitante que presentó una mejor propuesta (juzgamiento), declaración de la cual el licitante que vendrá a celebrar el contrato con la Administración Pública, caso el contrato venga a ser celebrado (adjudicación) etc. En todos esos actos, hay la constitución de un derecho, pero tal constitución es secundaria y deriva de una declaración, donde queda evidente la naturaleza declaratoria del proceso.

El Proceso Administrativo declaratorio es un proceso administrativo mixto, pudiendo ser tanto un proceso administrativo de interés público, iniciado *ex officio* por la Administración Pública, cuanto un Proceso Administrativo de interés particular, iniciado por provocación del administrado. Un ejemplo de interés público es la licitación pública iniciada *ex officio* por la Administración Pública, al paso que de interés privado es el proceso administrativo destinado a la emisión de un certificado de débitos tributarios.

En lo que concierne a las funciones formales, el Proceso Administrativo declaratorio tiene como función asegurar la efectividad de la garantía constitucional del contradictorio (derecho de contradecir las alegaciones hechas por la Administración Pública), bien como la efectividad de los derechos de los administrados contemplados en la Ley N° 9.784/99, notoriamente aquellos contenidos en el artículo 3° de la referida Ley. De tal suerte, independientemente de ser el proceso administrativo declaratorio de interés público o de interés particular, siempre habrá el deber de la Administración Pública de asegurar que los derechos y garantías fundamentales de los administrados previstos constitucional y legalmente sean observados y garantizados.

Si no hubiese la garantía del debido proceso legal previamente a la emisión de una declaración acerca de una determinada situación jurídica, entonces

34 OSÓRIO MEDINA, Fábio. *Direito Administrativo Sancionador na Constituição de 1988*, pp. 60-61.

35 Es importante mencionar que Lúcia Valle FIGUEREIDO, incluso considerando que el acto de habilitación no amplía la esfera de derechos del licitante, no considera ser la habilitación un acto declaratorio, pero sí uno constitutivo-formal, siguiendo la clasificación propuesta por Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO. *Permisa máxima venia*, discordamos, en la medida en que entendemos que una declaración que no amplía la esfera de derechos de un particular no tiene otra naturaleza si no declaratoria, razón para la cual entendemos ser a licitación pública un proceso administrativo meramente declaratorio. Cf. FIGUEREIDO, Lúcia Valle. *Direitos dos Licitantes*, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 1994, p. 48.

podrían no ser asegurados los derechos y garantías fundamentales del administrado, razón por la cual el proceso tiene función inapartable. En caso la declaración objeto del proceso tenga relevancia para la situación jurídica de un determinado administrado, el proceso administrativo con todas las garantías a él inherentes no podrá ser apartado.

#### IV.3. Proceso Administrativo Constitutivo

El Proceso Administrativo constitutivo es aquel cuyo acto final tiene por objeto constituir un derecho a favor de un particular. Se trata de una finalidad semejante a aquella que Odete MEDAUAR llama de proceso de otorgamiento (insertado en la categoría de los procesos administrativos que tienen una contraposición de intereses)<sup>36</sup>. Esto ocurre, pues, con mayor frecuencia cada vez que el ejercicio de una determinada actividad, el ejercicio de un derecho, la realización de un determinado acto o la obtención de un beneficio por un particular depende de una previa *aprobación* por parte de la Administración Pública, la cual podrá ser vinculada o discrecional y tendrá por finalidad evaluar si el particular en cuestión reúne las condiciones necesarias para el emprendimiento al que se propone.

En un contexto de constante ampliación de la esfera de los derechos de los individuos, hay una constante ampliación de los campos de actuación del Estado, con la finalidad de garantizar la efectividad de la referida esfera de Derechos. Con eso, cada vez más el Estado es llamado a regular el ejercicio de actividades por los particulares. Este fenómeno no se da apenas en los campos de actuación predominantemente estatal, tales como los campos de los servicios públicos recientemente abiertos a la pluralidad de agentes, sino se da también en campos típicamente privados, pero cuyas actividades tienen efectos meta individuales (emisión de títulos y valores mobiliarios en el mercado de capitales, obtención de permisos y licencias de construcción y funcionamiento de empresas etc.).

Por esta razón, en el manejo de sus poderes ordenadores<sup>37</sup>, o concesivos, el Estado está obligado a conducir un Proceso Administrativo en el cual, en conjunto con el particular y confiriéndole el integral derecho de participación de las etapas decisorias, verificará la conformidad de la pretensión del particular con la regulación legal impuesta para el ejercicio de la actividad pretendida o para usufructuar el derecho pretendido, bien como verificará la compatibilidad del ejercicio del derecho con los derechos de los demás individuos. Una vez verificada la conformidad de la pretensión del particular con la regulación legal de la materia o con los demás derechos subyacentes, emite la Administración Pública un acto administrativo que constituye a favor del particular el derecho de obtener algo. Tal acto puede consubstanciarse en una licencia, una autorización, un permiso, una aprobación de jubilación etc., conforme la clasificación más típica de la doctrina<sup>38</sup>.

Con la ampliación de la esfera de los derechos de los particulares, habrá cada vez más conflictos en el ejercicio por un particular de un derecho que le cabe, haciendo que la Administración Pública tenga que intervenir para asegurar que el ejercicio del derecho está realizado dentro de los cuadrantes impuestos por la regulación legal aplicable. En este sentido, el Proceso Administrativo constitutivo es aquel en el que la Administración Pública (i) realiza un análisis de la conformidad de la pretensión del particular con las determinaciones legales aplicables (i.e. adecuación subjetiva del particular a su pretensión) y, lo más importante (ii) realiza una ponderación entre todos los intereses dotados de legitimidad subyacentes a la cuestión para evaluar la viabilidad de la pretensión del particular y la extensión de su posibilidad (i.e., adecuación objetiva de la pretensión del particular)<sup>39</sup>.

Los actos administrativos constitutivos que son objeto del Proceso Administrativo constitutivo son actos cuyos efectos son siempre meta individuales. Esto ocurre, pues solamente pueden haber restricciones

36 Cf. MEDAUAR, Odete. *A processualidade no Direito Administrativo*, p. 140.

37 Nos valemos aquí de la noción presentado por Carlos Ari SUNDFELD acerca de la Administración Ordenadora, definida por el autor como la "interferencia estatal autoritaria sobre la vida privada. Supone el empleo de instrumentos con intensidades y finalidades muy variadas, incidiendo sobre la esfera jurídica de los particulares en múltiples variaciones". La Administración Coordinadora implica, según el autor, sacrificios y condicionamientos de derechos. Los segundos son los que especialmente nos interesan en el caso en aprecio, en la medida en que el deber de obtención de previa aprobación de la Administración Pública se configura como un condicionamiento de derecho (el derecho solamente puede ser ejercido dentro de los cuadrantes impuestos por la ley). Sobre el tema, véase: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 26 y 53-67.

38 En general, los actos aquí mencionados son aquellos tratados por Hely Lopes MEIRELLES como "actos negociales", que serían aquellos "practicados conteniendo una declaración de voluntad del Poder Público coincidente con la pretensión del particular, buscando la concretización de negocios jurídicos públicos o a la atribución de ciertos derechos o ventajas al interesado". Cf. *Direito Administrativo Brasileiro*, 27ª ed., actualizada por Eurico de Andrade AZEVEDO, Délcio Balestero AZEVEDO y José Emmanuel Burle FILHO, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 181.

39 Conforme enseña Máximo Severo GIANINNI, "estando el proceso administrativo en función de ponderación de intereses y siendo los intereses que se presentan en las situaciones reales intereses públicos, colectivos y privados, concomitantemente, el proceso administrativo tiende a componer el interés público primario cuya autoridad es atribuida con cada uno de los otros intereses que sean cogidos en el proceso y que sean considerados tutelables a través de los actos que concurren en la instrucción procedimental". En: *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, 2ª ed., Milán: Giuffrè, 2000, p. 273 (traducción nuestra).

administrativas en los casos en que haya potenciales conflictos de intereses emergentes del ejercicio de un derecho por los particulares. Siempre que una acción de un particular tuviera efectos meta individuales, será necesaria una previa aprobación por la Administración Pública en el manejo de sus poderes ordenadores para verificar la adecuación subjetiva y la adecuación subjetiva de la pretensión.

Es así, por ejemplo, que el otorgamiento de actos autorizadores de derechos que tengan impacto en el derecho de vecindario dependerá siempre del proceso administrativo con derecho de participación de los interesados y, conforme el caso, con previa audiencia pública (artículo 9° y 30° de la Ley N° 9.784/99). De la misma forma, es así que el proceso de otorgamiento de licencias ambientales siempre depende de previa audiencia pública, entre otros diversos ejemplos.

De ahí, emerge una particularidad muy importante del Proceso Administrativo constitutivo, la cual es, la ampliación de la noción de partes. En tanto en el Proceso Sancionador y en el Proceso Declaratorio la participación es, en cierta medida delimitada, en el proceso constitutivo la participación es ampliada, destinada a todos cuantos tuvieren derechos o intereses legítimos afectados por el acto a ser proferido al final del proceso. Aún, a este punto retornaremos en el tópico subsecuente.

Finalmente, desde el punto de vista de las funciones formales del Proceso Administrativo constitutivo, se tiene que hay una duplicidad de funciones. Existe, en primer lugar, la función de garantizar el derecho de contradictorio y amplia defensa del particular directamente interesado (que litiga la constitución de un derecho) en la formulación de alegaciones, presentación de documentos, contradicción de entendimientos de la Administración Pública etc. (i.e., garantía de los derechos fundamentales procesales). Además, existe en segundo lugar, la función de garantizar y obligar la identificación, ponderación y definición de los intereses colectivos, dotados

de legitimidad que prevalecerán y en qué medida prevalecerán, con la finalidad de garantizar que la pretensión del particular será adecuada del punto de vista objetivo.

#### IV. PROCESO ADMINISTRATIVO NORMATIVO

El último de los tipos de Proceso Administrativo que vemos existente es el Proceso Administrativo normativo o consultivo, que es aquel conducido por la Administración Pública previamente al ejercicio de su poder normativo, sea el poder normativo del cual derivan normas abstractas y generales, sea el poder normativo del cual derivan normas concretas y específicas con efectos sobre individuos indeterminados (como, por ejemplo, contratos de concesión de servicios públicos)<sup>40</sup>. Se trata de la mayor novedad en términos de Proceso Administrativo, en lo que concierne al objeto del proceso. No hay un litigio, ni un derecho que se pleitea, pero sí un debate procesalizado para la expedición de un acto administrativo general y abstracto cuyos efectos afectarán toda una categoría de ciudadanos.

El Proceso Administrativo normativo es una de las especies de proceso más intimidante ligadas a las nociones de democracia y de administración consensual y es el elemento esencial para la conferencia de legitimidad a los actos normativos de la Administración Pública, sobre todo en lo que concierne a los actos normativos ejercidos en el núcleo de la deslegalización de materias (i.e., transferencia de regulación de una determinada materia de la ley para la esfera normativa de la Administración Pública). Esto ocurre pues, en la conducción del Proceso Administrativo normativo se confiere a los particulares *interesados* el derecho de manifestarse acerca de los efectos a ser producidos por el acto a ser emanado, en un proceso de diálogo entre la Administración Pública y particulares<sup>41</sup>.

Estando la doctrina del Derecho Administrativo de acuerdo o no, el poder normativo de la Administración Pública es una realidad<sup>42</sup>. Ya nos

40 Con amplio albergue en la noción de Administración Pública democrática y consensual, viene siendo cada vez más común la apertura de procesos administrativos de consulta pública para la discusión de contratos de concesión y pliego de licitación (ver, por ejemplo, artículo 10° de la Ley N° 11.079 del 30 de diciembre del 2004, y artículo 11°, inciso IV, de la Ley N° 11.445 del 7 de enero del 2007). En que pese a ser actos con partes determinadas (poder concedente y concesionario, en el caso de contrato de concesión, y Administración Pública y licitantes, en el caso de los pliegos de licitación), son actos cuyos efectos alcanzan una generalidad de administrados y, por lo tanto, hay la instauración del proceso administrativo para conferir a todos los potenciales alcanzados por los efectos el derecho de manifestarse previamente, lo que, en razón del mecanismo muy semejante, clasificamos en la misma categoría de proceso administrativo que aquel normativo conducido previamente a la emisión de actos normativos por la Administración Pública. Además de eso, como bien advierte María Sylvia Zanella DI PIETRO, los contratos de concesión son actos con efectos trilaterales, irradiando efectos al poder concedente, a la concesionaria y a los usuarios. Cf. *Parcerias na Administração Pública*, 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2002, p. 93 y ss.

41 Sobre la cuestión de la legitimidad y de la cabida del poder normativo de la Administración Pública, confírase nuestro ensayo *As Agencias Reguladoras Independientes e Alguns Elementos da Teoria Geral do Estado*. En: ARAGÃO, Alexandre Santos de / MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito Administrativo e seus novos Paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 501 y ss.

42 Sobre el tema, véase: PERRINO, Pablo E. *El Crecimiento de la Potestad Normativa de la Administración en los Estados Contemporáneos*. En: *Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras Fuentes del Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ediciones RAP, 2008, p. 92 y ss.

manifestamos en otras oportunidades acerca de su plena compatibilidad con el actual régimen de la Administración Pública, razón por la cual no nos atendremos a la discusión de la posibilidad o imposibilidad de ejercicio de poder normativo por la Administración Pública. Lo que verdaderamente nos interesa en el contexto de este estudio no es la existencia o la licitud del poder normativo de la Administración Pública, pero sí las *condicionantes procesales para su ejercicio*.

Tales condicionales procesales, según entendemos, son a tal punto relevantes que denotan un tipo procesal propio, en el que pernearon peculiaridades. Referidas peculiaridades consisten, esencialmente, en el objeto del proceso, en la definición de las partes e interesados, en la forma de actuación de la Administración Pública y en las finalidades del proceso, tal como pasamos a exponer.

En primer lugar, una de las principales críticas hechas por la doctrina acerca del poder normativo de la Administración Pública es la referente a la falta de legitimidad de la Administración Pública para expedir actos normativos. He ahí que tal legitimidad habría sido conferida apenas al Poder Legislativo, para proceder o no en razón exactamente de la efectiva conducción del debido proceso administrativo previamente a la emisión del acto normativo. Esto ocurre, pues el Proceso Administrativo normativo es conducido exactamente para posibilitar la participación de los interesados en el contenido del acto a ser producido. Se trata de un proceso normativo distinto de aquel conducido en el ámbito del Poder Legislativo, sino se trata de un proceso sin sobra de dudas, democrático, claramente dirigido a la democracia directa o al revés, de la democracia representativa<sup>43</sup>.

De tal suerte, la posible falta de legitimación democrática de la Administración Pública para emitir actos normativos puede existir efectivamente o no, dependiendo sólo de la existencia efectiva de un Proceso Administrativo normativo<sup>44</sup>. En caso haya efectivamente un Proceso Administrativo normativo que verifique a todos los afectados el derecho de manifestarse acerca del contenido de la norma a ser producida, no hay déficit de legitimidad, muy al contrario, hay una norma legítima y editada por el proceso legítimamente constituido por el ordenamiento jurídico. La existencia del Poder Legislativo no implica la unicidad de procesos normativos. El Poder Legislativo desarrolla sólo uno de los posi-

bles procesos normativos, siendo lícito la creación de otros procesos para la edición de normas, en el ámbito de los poderes conferidos al Estado, exactamente como ocurre en el caso del proceso administrativo normativo.

En lo que concierne al objeto del proceso, o Proceso Administrativo normativo, tiene trazos repletos de particularidad. No constituye su objeto un litigio o una pretensión del particular llevada a apreciación de la Administración Pública. Constituye su objeto la amplia discusión de un acto cuyos efectos se irradiarán por toda la sociedad. En última instancia, el Proceso Administrativo normativo tiene como objeto el manejo concertado y consensual de un poder atribuido a la Administración Pública, en estricto cumplimiento al mandamiento de democracia contenido en el artículo 1º de la Constitución Federal.

De la misma forma, en lo que concierne a las partes, el Proceso Administrativo normativo también es muy peculiar, en la medida en que no existen partes definidas. Existe, de un lado, la Administración Pública, que ejercerá una competencia que le fue atribuida por Ley (emisión de un acto normativo deslegalizado u obligatoriamente sujeto a la consulta de la población), y una pléyade de agentes e individuos indeterminada que sufrirá los efectos del acto a ser producido<sup>45</sup>. No hay cómo definirse, *a priori*, quiénes son las partes, pero debe facultarse a tantos cuantos puedan ser afectados por los efectos del acto de manifestarse el derecho.

Exactamente de ahí surgen como consecuencias las peculiaridades relacionadas a la forma de actuación de la Administración Pública y a las finalidades del proceso. No siendo posible la definición de cuáles son las partes del proceso es evidente que la forma adecuada de la actuación de la Administración Pública es aquella más amplia, pública y transparente posible, de forma a dar a todos la oportunidad de participación. Así, vemos como evidente un deber de modulación del principio de publicidad de la Administración Pública (previsto en el *caput* del artículo 37º de la Constitución Federal) entre los diversos tipos de proceso, siendo obligatoria la amplitud mucho mayor en lo que dice respecto al proceso administrativo normativo.

En el mismo camino, las finalidades del proceso administrativo no son poner fin a un litigio o hacer que una determinada pretensión de un particular sea o no diferida. La finalidad esencial del proceso

43 Sobre el tema de las formas de la democracia; remítase a, DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, p. 152 y ss., en especial, p. 154.

44 Sobre el tema, léase: JUSTEN FILHO, Marçal. *Agencias Reguladoras e Democracia: existe um Déficit Democrático na "Regulação Independente"?*, En: ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord.). *O Poder Normativo das Agencias Reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 325 y ss.

45 Como ejemplo, menciónese el § 3º del artículo 4º de la Ley N° 9.427 del 26 de diciembre de 1996, que determina la obligación de la Agencia Nacional de Energía Eléctrica de conducir procesos de consulta y audiencia pública previamente a la expedición de cualesquiera actos que afecten los derechos de los agentes del sector eléctrico o de los consumidores, sometiendo a estos la intención del acto a ser practicado y dándoles a oportunidad de manifestarse acerca del contenido pretendido para el acto.

«Siendo así, en lo que concierne a la definición de *parte* en el Proceso Administrativo declaratorio, se puede entender que son partes legítimas la Administración Pública, el particular (o grupo de particulares) directamente interesados en la declaración y, eventualmente todos aquellos cuya esfera de derechos e intereses pueda ser afectada por la declaración proferida. Todavía, considerándose que, por regla, sólo el destinatario de la declaración tiene interés en tal acto, es posible afirmar que la noción de parte tiende a ser restringida».

administrativo normativo es la de promover la mayor integración y participación posible de los administrativos en el proceso decisorio de la Administración Pública en una materia que afectará una miríada de personas, confiriendo validez al acto producido, eficacia plena y legitimidad.

Aun en el mismo sentido, se tiene que la función material del Proceso Administrativo también reside en la garantía de derechos fundamentales a los ciudadanos, pero no los mismos derechos fundamentales que se verifican con relación a los demás tipos de Proceso Administrativo. Se tratan de derechos fundamentales de generaciones más adelantadas, sobre todo el derecho fundamental a la democracia en su sentido pleno. El Proceso Administrativo normativo viene para conferir a la Administración Pública el trazo consensual que es inapartable y esencial en un contexto de democracia plena.

## V. LEGITIMIDAD Y CAPACIDAD EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO

Puestas las nociones presentadas líneas arriba, es necesario, en este momento, llegar al punto cen-

tral del presente estudio, el cual es presentar las nociones de legitimidad procesal y de las partes en el proceso administrativo. Es decir, analizado el proceso administrativo bajo el prisma de su tipología, con todas las particularidades que le son afectas conforme el objeto del acto a ser practicado, nos resta analizar cuáles son las consecuencias de esta tipología sobre la posibilidad jurídica de la participación de los interesados en el proceso.

Cabe, previamente, sin embargo, una pequeña advertencia. No analizaremos la cuestión de la legitimidad procesal a partir de un análisis subjetivo estricto, así entendida la capacidad procesal formada por el conjunto de condiciones que un individuo necesita presentar para poder ser parte de un Proceso Administrativo (tales como la edad mínima, derecho al disfrute de sus derechos cívicos, nacionalidad, etc.). Analizaremos, sin embargo, la cuestión de la legitimidad procesal a partir de sus requisitos que son necesarios para conferir a un individuo el *derecho* de participar de un determinado Proceso Administrativo.

En primer lugar, es necesario hacer un apartamiento: la distinción entre legitimidad procesal en el proceso civil y la legitimidad procesal en el proceso administrativo. En el proceso civil, se aplica la regla contenida en el artículo 6° del Código de Proceso Civil Brasileiro, según el cual *“nadie puede pleitear, en nombre propio, derecho ajeno, salvo cuando fuese autorizado por Ley”*. Vale decir, para los fines del proceso civil, solamente tiene legitimidad para actuar en un proceso aquel que tiene *un derecho* efectivamente discutido en sede procesal.

A cuenta de esta razón, Fredie DIDIER JR., define como parte:

“... aquel que está en la relación jurídica procesal, hace parte del contradictorio, asumiendo cualquiera de las situaciones jurídicas procesales, actuando con parcialidad y pudiendo sufrir alguna consecuencia de la decisión final”<sup>46</sup>.

Se ve, así, que para los fines del Proceso Civil, la noción de parte está directamente relacionada al *derecho* discutido. La legitimación para actuar en el proceso dependerá de la titularidad del *derecho* que constituye el objeto de la litis, o de una legitimación especial conferida por la Ley para que un tercero pleitee en juicio un derecho que no le es propio (por ejemplo, la autorización conferida por el artículo 68° numeral 3° de la Ley N° 6.404, del 15 de diciembre de 1976, al agente fiduciario de los obligados para la defensa en juicio de los derechos de la comunidad de obligados). Exactamente por eso, que el mismo autor procesalista hace distinciones entre parte procesal, parte legítima y parte material<sup>47</sup>.

46 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, p. 178.

47 *Parte procesal* es aquella cuyo derecho se discute en juicio, *parte material* es aquella que efectivamente integra la litis (el titular

En el Proceso Administrativo, no es posible utilizar la misma regla contenida en el artículo 6° del Código de Proceso Civil, una vez que los criterios para la admisión de un determinado individuo en un proceso administrativo son completamente distintos. En primer lugar, cumple mencionar que el artículo 9° de la Ley N° 9.784/99 tiene como criterio de legitimación de los individuos no sólo derechos, pero también intereses. De esta forma, no pueden participar del Proceso Administrativo apenas aquellos que tienen un derecho en cuestionamiento, sino también aquellos cuya esfera de intereses pueda ser alterada en función del objeto del proceso.

En este sentido, afirma muy bien José dos Santos CARVALHO FILHO:

“Los principios y las reglas incidentes sobre el proceso judicial, mientras tanto, son diversos de los que se aplican al proceso administrativo. Así, hay una atenuación de los elementos caracterizadores de legitimación y del interés. Si son bien examinadas las figuras, podrá llegarse incluso a la conclusión de que tales nociones acaban por confundirse, lo que permite vislumbrar que, en último análisis, y teniéndose en cuenta lo que dispone el artículo 9° de la Ley, legitimado acaba siendo aquel que tuviera interés en la providencia que constituye objeto del proceso administrativo”<sup>48</sup>.

Exactamente por esta razón y consideración, los distintos agentes que pueden participar en un proceso administrativo (Administración y administrado, Administración y diversos administrados y diversos administrados recurriendo a un poder arbitral de la Administración), Odete MEDAUAR advierte que las partes del Proceso Administrativo son designadas por distintas nomenclaturas, tales como parte, interesado, licitantes, etc. Aun conforme la autora, se verifica gran resistencia en utilizarse la nomenclatura parte para el Proceso Administrativo, tal vez hasta con la intención de distinguirse el Proceso Administrativo del Proceso Jurisdiccional<sup>49</sup>.

Además, en el Proceso Administrativo, el objeto del proceso es mucho más amplio de lo que es en el Proceso Civil, lo que hace que la noción de parte sea más difícil de ser definida. Exactamente por la ampliación del elemento definidor de la legitimidad para la actuación en el Proceso Administrativo (interés) y en respeto al principio del formalismo moderado del Proceso Administrativo – según el

cual el Proceso Administrativo no debe seguir una forma predeterminada – la noción de parte no puede ser predefinida, debiendo ser determinada en cada caso concreto y habiendo una cierta discrecionalidad por parte de la Administración Pública para admitir o no admitir un sujeto como parte del proceso<sup>50</sup>.

Como ya hemos dicho y repetido, el Proceso Administrativo tiene diversas caras, diversas finalidades y gravita en torno de decisiones administrativas que tienen naturalezas jurídicas y efectos mucho más amplios de los que el proceso civil. De esta forma, no es posible, en el análisis de los efectos jurídicos del Proceso Administrativo, partir de un criterio único de legitimación, pues no hay un único proceso administrativo, sino una pluralidad de procesos que envolverán sujetos distintos.

Exactamente por esta razón, afirma Thomas Von DANWITZ con brillante claridad:

“El concepto de parte procesal (en el proceso administrativo) es para cada proceso especialmente a ser definido y dependerá, por lo general, del objetivo de cada proceso”<sup>51</sup>.

Siendo así, lo que nos ocupará a partir de este momento en este estudio es identificar cuál es la legitimidad para la participación de los individuos en el Proceso Administrativo, en función de cada tipo de proceso, en la medida en que, como ya decimos, los tipos de proceso varían conforme sus respectivos objetos. Es lo que haremos, entonces.

En los términos del artículo 9° de la Ley N° 9.784/99, como ya anotamos, la legitimidad para la actuación en el proceso administrativo adviene de la existencia de un interés relacionado al objeto del proceso. No obstante, aunque concordando con la ampliación de la noción de parte para equiparar los interesados en la providencia, entendemos que las objeciones deben ser hechas exactamente para modular la noción de interesado en función del objeto del proceso en análisis. Esto ocurre, pues, como bien resaltan Irene Patrícia NOHARA y Thiago MARRARA, es necesario que:

“... el potencial interesado compruebe la existencia de derecho o interés individual, colectivo o difuso que pueda ser afectado por la decisión administrativa, o compruebe ser titular de esos

del derecho discutido o su representante en los casos expresamente admitidos en ley) y parte legítima que es aquella que tiene autorización para ingresar al juicio y ser parte de una litis. Cf. DIDIER JR., Fredie. Op.cit., pp. 178-179.

48 SANTOS FILHO, José dos Santos Carvalho. *Processo Administrativo Federal*, p. 111 (énfasis del original).

49 Cf. MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no Direito Administrativo*, p. 105.

50 En este sentido, KOPP, Ferdinand / RAMSAUER, Ulrich. *Verwaltungsverfahrensgesetz – Kommentar*, 10ª ed., Munich: C.H. Beck, 2008, p. 204.

51 VON DANWITZ, Thomas. *Europäisches Verwaltungsrecht*. Berlin/Heidelberg: Springer, 2008, p. 412 (traducción nuestra).

derechos intereses de acuerdo con el ordenamiento jurídico brasileiro<sup>52</sup>.

Siendo así, vemos claramente que la noción de *interesado* será distinta conforme se analice el Proceso Administrativo Sancionador, el Proceso Administrativo declaratorio, el proceso administrativo constitutivo y el Proceso Administrativo normativo, visto que, en cada proceso específico de cada uno de tales tipos procesales, el propio objeto del proceso limitará o ampliará, conforme el caso, aquellos sujetos que detienen interés en la providencia administrativa, bien como el grado de interés y, en consecuencia, de poder de participación que tendrán en el proceso.

En primer lugar, en el caso del Proceso Administrativo sancionador, entendemos que la noción de interesado es considerablemente más restringida de lo que la noción de interesado de los demás tipos de Proceso Administrativo. Esto ocurre, pues, en el Proceso Administrativo sancionador, la noción de partes es mucho más clara al momento de evaluar de lo que en los demás tipos procesales<sup>53</sup>, en la medida en que el proceso, esencialmente, está formado por la Administración Pública, en la calidad de poder investigador y sancionador, y por un único administrado o un conjunto restringido de administrados<sup>54</sup>, en la calidad de investigados y, potencialmente, sancionados.

La noción de interesados en el Proceso Administrativo sancionador debe ser entendida necesariamente de forma restringida, visto que toda la sociedad está interesada en la providencia administrativa, de tal forma que, si fuera conferida al término "interesado" una acepción amplia, no sería posible mantenerse un proceso organizado. Como ya fue dicho, el Proceso Sancionador es aquel que se destina a la imposición de una penalidad a un administrado, en razón de la transgresión de una regla jurídica, lo que hace que todos los ciudadanos tengan algún interés en la medida administrativa a ser tomada, toda vez que es interés de todos que se restaure el orden jurídico transgredido por medio de la punición al transgresor (o por medio de la medida substitutiva que también satisface las ansias colectivas) o que se aparte de la penalidad, en caso fuese comprobada la inexistencia de transgresión.

En este sentido, es imperativo concluir que, en el caso del Proceso Administrativo Sancionador, la legitimidad procesal es bastante restringida, siendo partes legítimas sólo la Administración Pública y el

particular (o particulares) sobre los cuales podrá recaer una sanción administrativa. Aunque haya una miríada interminable de interesados, en razón del necesario orden procesal, no se puede razones la posibilidad de permitirse que todos puedan participar del Proceso Sancionador.

Aun, como en casi todos los casos del Derecho, existe una excepción: en el caso del Proceso Administrativo sancionador que culmine con la substitución de la sanción administrativa por un acuerdo que prevea beneficios a terceros, ajenos a la esfera del proceso sancionador (por ejemplo, en la hipótesis del acuerdo que substituye la sanción administrativa a una concesionaria de servicio público en obligación de universalización del servicio) se tiene un caso en que todos los beneficios por el objeto del acuerdo substitutivo, tendrán legitimidad en los eventuales procesos de verificación del cumplimiento de tal objeto, ampliándose la participación en el proceso administrativo para más allá de la Administración sancionadora y de los administrados sancionados<sup>55</sup>. Esto ocurre, pues, en esta hipótesis específica, la noción de interés en el proceso pasa a ser estricta y definible, facultando la participación de terceros en el proceso. Hay casi una transformación del proceso en Proceso Constitutivo, en la medida en que podrá haber la constitución de derechos a terceros.

En lo que se refiere al Proceso Administrativo declaratorio, la tendencia es que la noción de las partes sea más restringida, pero no tanto dado que se verifica con relación al Proceso Administrativo sancionador. La razón de la tendencia de restricción de la noción de parte en el proceso administrativo declaratorio es su propio objetivo, como fue dicho, por lo general, el Proceso Administrativo declaratorio es aquel que retorna a una declaración de la Administración Pública acerca de algo que sea de interés de un administrado. Es decir, en el Proceso Administrativo Declaratorio, la Administración Pública es provocada a *declarar* algo en el interés del administrado, lo que hace que haya algún grado de restricción en la identificación de otros interesados aptos a participar del proceso.

Es así que, en el Proceso Administrativo declaratorio, por poder participar del proceso sólo aquellos que efectivamente tuvieren interés directo en la declaración a ser proferida por la Administración Pública, pocos tendrán legitimidad para participar del proceso, pues, generalmente, apenas el solicitante tiene interés directo en la declaración a ser proferida. Es lo que ocurre, por ejemplo, con el

52 NOHARA, Irene Patrícia / MARRARA, Thiago. *Processo Administrativo – Ley N° 9.784/99 Comentada*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 108.

53 Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. *A Importancia do Procedimento Administrativo*, p. 72.

54 Sólo a título de ejemplo, cabe mención a los procesos sancionadores en el campo de competencia desleal y en el campo del mercado de capitales que pueden tener como infractores a una serie de administrados en concurso.

55 Sobre la cuestión, véase: PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atuação Administrativa Consensual. Estudo de acordos substitutivos no processo administrativo sancionador*, disertación de Maestría defendida en la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo el día 26 de febrero del 2010, pp. 153-155.



interesado en obtener una declaración de inexistencia de débitos con la hacienda pública, puesto que, en condiciones normales, sólo tal interesado (sujeto pasivo de la relación jurídica) tiene interés en la declaración.

Como excepción, se tiene el proceso existente en las licitaciones públicas. En tal proceso, todos los licitantes tienen interés directo en la declaración que viniera a ser hecha por la Administración Pública, no sólo en relación a su situación individualmente verificada, sino, también en relación a la situación de todos los demás licitantes. De ahí por qué son partes legítimas no sólo los destinatarios de la declaración, sino todos los que sufren las consecuencias de la declaración.

Siendo así, en lo que concierne a la definición de parte en el Proceso Administrativo declaratorio, se puede entender que son partes legítimas la Administración Pública, el particular (o grupo de particulares) directamente interesados en la declaración y, eventualmente todos aquellos cuya esfera de derechos e intereses pueda ser afectada por la declaración proferida. Todavía, considerándose que, por regla, sólo el destinatario de la declaración tiene interés en tal acto, es posible afirmar que la noción de parte tiende a ser restringida.

Además, en lo que concierne al Proceso Administrativo constitutivo, se tiene clara una ampliación de la noción de parte del proceso. Esto ocurre, en diversos casos, el acto administrativo constitutivo de derechos afecta no sólo al beneficiario del acto, sino también una gama de personas que sufren las consecuencias del derecho que se constituye. La razón para tanto es simple: normalmente, es necesaria previa aprobación de la Administración Pública apenas para actividades y realizaciones cuyos efectos trasciendan la persona del beneficiario del acto.

Tal como ya fue mencionado arriba, el Proceso Administrativo constitutivo tiene una doble función: sirve tanto para verificar si el individuo que pleitea el acto administrativo reúne las condiciones subjetivas necesarias para recibir la concesión (aquí en sentido amplio) pretendida, cuanto para verificar, en proceso de ponderación de intereses, la posibilidad objetiva de otorgarse la concesión del derecho pretendido y, en caso haya la posibilidad, cuál es su extensión.

En este sentido, es posible entender que solamente el Estado será llamado para previamente aprobar o desaprobado el ejercicio de determinada actividad si tal actividad involucra diversos intereses, además del interés de aquel que pleitea el acto administrativo constitutivo<sup>56</sup>. Así, la noción de parte en el proceso administrativo constitutivo tiende a ser más amplia de lo que la noción de parte en los procesos sancionador y declaratorio, en la medida en que serán partes legítimas del proceso, con sustento en el artículo 9° de la Ley N° 9.784/99, todos aquellos cuya esfera de derechos e intereses venga a ser afectada por el derecho a ser constituido en el ámbito del proceso.

Volviendo la mira para el Derecho positivo, hay una enorme constelación de actos administrativos constitutivos cuyo otorgamiento da o faculta la participación de los directamente interesados en el proceso de formación. Es lo que ocurre con las licencias de construcción<sup>57</sup>, las licencias ambientales, los actos de otorgamiento de actividades reguladas, entre diversos otros. En todos esos casos, aquel que es directamente afectado por el acto a ser producido podrá participar del proceso de formación del acto (por ejemplo, los vecinos afectados por un permiso de construcción o de funcionamiento de una determinada empresa urbana), lo que torna imperiosa la ampliación de la noción de parte legítima del proceso.

En ese contexto, lo que se tiene es que en los Procesos Administrativos constitutivos la noción de parte es significativamente ampliada en relación a la noción de parte en los Procesos Sancionador Y Declaratorio, en la medida en que parte legítima será todo aquel individuo que tuviera su complejo de derechos e intereses afectados por el acto a ser emanado. Cabrá a la Administración Pública, delante de las circunstancias específicas del caso concreto, delimitar cuáles son las partes legítimas, en función de un análisis de la existencia o no de reflejos del acto proferido sobre la esfera de derechos e intereses de cada uno.

En consecuencia de estas colocaciones, dos observaciones deben ser hechas: en primer lugar, hay una discrecionalidad de la Administración Pública de admitir la característica de parte legítima a un individuo en los procesos administrativos constitutivos, pues no siempre será claro en cuanto a la esfera de derechos e intereses de un individuo será

56 Como bien informa Eberhard SCHMIDT-ASSMAN, "el derecho administrativo necesita ocuparse también por la organización de los intereses. Para la Administración Pública incumbida de los intereses públicos y de su presentación y su acomodación, eso es evidente. En: *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*. Heidelberg: Springer, 2° ed., 2006, p. 149 (traducción nuestra).

57 Es interesante mencionar que Eberhard SCHMIDT-ASSMAN utiliza exactamente las licencias de construcción como ejemplo de los actos que no pueden prescindir de una ponderación de intereses públicos y particulares, lo que se encuentra debidamente esculpido en el ordenamiento jurídico alemán. Sobre el tema, véase: *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, pp. 150-152.

afectada por el acto a ser proferido. Y, en segundo lugar, el acto final emanado en un proceso constitutivo podrá dar inicio a otro proceso provocado por aquellos que fueron afectados por el acto producido, pero que no tuvieron la oportunidad de participar del proceso de formación de tal acto, con vistas a la anulación o a la alteración del acto producido, puesto, muchas veces, sólo cuando de la emisión del acto es que se podrá, efectivamente, verificar cuáles son las partes afectadas por el acto producido<sup>58</sup>.

Nuevamente recurrimos a las licencias de construcción como ejemplo ilustrativo de lo que fue afirmado. La razón para tanto es que ambas situaciones pueden ser claramente comprobadas a partir del análisis de los efectos de un permiso de construcción, en la medida en que no es absolutamente claro y transparente cuáles son los directamente afectados por el acto a ser producido (i.e., no es posible predeterminar cuáles son los particulares afectados por la construcción, ni mucho menos en qué medida son afectados), lo que confiere cierto margen de discrecionalidad a la Administración Pública para permitir o no la participación de todos en el proceso, y en que, en muchos casos, sólo después de la emisión del acto y de su implementación (i.e., inicio de las obras) es que podrá verificarse que un determinado particular fue afectado por el acto producido y, por lo tanto, tiene derecho a un proceso para revertir el acto producido.

Finalmente, tal como fue adelantado en el tópico anterior, se tiene al Proceso Administrativo normativo como aquel en el cual la noción de parte es la más amplia de todas. La razón para tanto es evidente. Como fue mencionado arriba, el Proceso Administrativo normativo es aquel destinado a recoger la opinión de los futuros sujetos a una norma producida por la Administración Pública acerca de su contenido.

Todos los ciudadanos son parte legítima de este proceso, en la medida en que, de alguna forma, todos estarán sujetos a los términos y condiciones de la norma a ser producida. Por más específica la norma, no hay cómo determinarse *a priori* cuál es el grupo específico que será afectado por sus efectos. Y aunque hubiese, no habría cómo excluir un determinado ciudadano del Proceso Administrativo, pues cuanto mayor es la participación de los individuos, mayor es la legitimidad del acto a ser producido.

Exactamente como fue indicado líneas arriba, uno de los objetivos del Proceso Administrativo normativo es el de conferir legitimidad al acto normativo a ser producido. Por esta razón, todos aquellos que

quisieran podrán participar del Proceso Administrativo, pues también exactamente de esta forma el proceso cumplirá sus finalidades. Por lo tanto, es posible entender que en el Proceso Administrativo normativo la noción de parte legítima es extremadamente amplia, abarcando a todos los ciudadanos que quieran participar del proceso. No hay *a priori* como excluirse a cualquier individuo del proceso, siendo apenas posible en hipótesis excepcionales, tales como de participación meramente impeditivos, con objetivos únicos de perjudicar el buen andamento procesal.

Vistas estas cuestiones relacionadas a la noción de parte en el Proceso Administrativo, es necesario dejar asentada una última noción, que es común a todos los tipos de Proceso Administrativo, cual sea, la noción y las consecuencias del régimen legal de las partes en el Proceso Administrativo. En derivación de todo lo que fuera expuesto, la noción de parte en el Proceso Administrativo no es uniforme, de la misma forma que la forma de participación de cada parte legítima en cada tipo de proceso también no lo es. De ahí, evidentemente, se tiene que no se puede considerar que el régimen jurídico de las partes pueda tener efectos idénticos en cada tipo procesal.

Concluyendo este tópico, tenemos que la ampliación de la noción de partes legítimas en el Proceso Administrativo no puede ser entendida como un elemento de equiparación de todas las partes legítimas. La participación de los legitimados debe ser modulada, en la medida en que el grado de relevancia para unos no es el mismo para otros. Por ejemplo, el particular que pleitea la concesión no puede ser equiparado a aquel que participa en razón de las consecuencias – muchas veces reflejas – del acto sobre su esfera de intereses. Por esta razón, el régimen procesal de la participación de cada parte debe ser proporcional a su interés en la providencia final del proceso.

En este sentido, bien afirma Jesús GONZÁLEZ PÉREZ:

“Ni todos los que intervienen en el proceso administrativo, además de las partes demandante y demandada, deben estar sometidas a un mismo régimen procesal. Si en ciertos supuestos el principio de la tutela jurisdiccional efectiva exige que al interviniente se otorgue un tratamiento idéntico al de la parte en igual situación procesal, en otros, otorgar un tratamiento procesal igual es lo que podría constituir un atentado al mismo principio. Porque las situaciones jurídicas materiales subyacentes pueden exigir lo contrario”<sup>59</sup>.

58 Cf. WOLFF, Heinrich Amadeus / DECAER, Andreas. *Studienkommentar VwGO VwVfG*. Munich: C.H. Beck, 2005, p. 554.

59 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Hacia un Código Procesal Administrativo modelo para Iberoamérica*, en: CASSAGNE, Juan Carlos. *La Justicia Administrativa en Iberoamérica*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2005, p. 72.

En primer lugar, hay que diferenciar cada categoría de *interés* subyacente a una relación jurídica puesta en un Proceso Administrativo. Esto se debe a la existencia de intereses “substantiales”, que son los intereses *directamente* relacionados al acto a ser producido, y a la existencia de intereses “formales”, que son los intereses relacionados a la observancia de las normas procesales aplicables<sup>60</sup>.

Aquellos que detienen intereses sustanciales en el acto a ser producido no pueden tener el mismo tratamiento de aquellos que detienen meros intereses formales. Con eso se quiere decir que aquellos que son partes necesarias del proceso por tener intereses directamente relacionados al acto a ser producido no pueden tener el mismo tratamiento procesal de aquellos que tienen su participación en el proceso apenas facultada.

Esta discusión está lejos de ser meramente teórica. Tiene considerables reflejos prácticos en la vida jurídica, visto que la diferenciación es muy relevante en la definición de la existencia y de las consecuencias de vicios procesales. Por ejemplo, la falta de notificación del inicio del proceso puede ser considerada una nulidad con relación a aquellos que tienen intereses sustanciales en el acto a ser producido, pero puede ser considerada simple irregularidad pasible de convalidación con relación a aquellos que tienen meros intereses formales en el proceso<sup>61</sup>.

Siendo así, se puede cerrar este tópico afirmando el entendimiento de que la noción de parte legítima del Proceso Administrativo no es uniforme, variando conforme el tipo de proceso desde concepciones absolutamente restringidas (proceso administrativo sancionador) hasta concepciones absolutamente amplias (proceso administrativo normativo). Todavía, la ampliación de la noción de parte legítima no puede significar equiparación jurídica de todas

las partes, siendo imperiosa una modulación del tratamiento jurídico dispensado a cada parte conforme su interés en el proceso.

## VI. CONCLUSIÓN

El objetivo del presente estudio fue el de presentar el Proceso Administrativo de forma individualizada, considerándose su naturaleza de disciplinario de la forma de actuación de la Administración Pública. En este oficio, tuvimos en consideración la actual forma de actuación de la Administración Pública, que, a nuestro ver, no se coaduna más con los modelos autoritarios construidos en el siglo XIX, pero sí demanda una disciplina concertada, bilateral y en tanto y en cuanto posible, consensuada.

El particular no puede ser aliviado y alienado de la actuación de la Administración Pública, pero debe ser incorporado a tal actuación, siendo parte de ella. Por esta razón, no se puede, en el análisis del actual *modus operandi* de la Administración Pública, ni considerarse el autoritarismo y la unilateralidad históricamente construidas, ni importarse conceptos del proceso civil que no hacen ningún sentido en la actuación de la Administración Pública.

Por esta razón, procuramos presentar una noción tan amplia cuanto fuere posible de legitimidad de participación en el Proceso Administrativo. Creemos que los derechos fundamentales esculpidos en la Constitución Federal, bien como los principios jurídicos orientadores de la disciplina jurídica de la Administración Pública solamente serán plenamente cumplidos en el caso que al individuo le sea atribuido el tratamiento jurídico previsto por el ordenamiento, cual fuere, el de centro del orden jurídico – aunque ocupado, como erróneamente es considerado aun por muchos publicistas, por la Administración Pública. Y tal tratamiento no prescinde del derecho de participación, que siempre debe ser considerado de manera amplia. CA

60 Cf. VIRGA, Giovanni. *La Partecipazione al Procedimento Amministrativo*, pp. 156-157.

61 Cf. VIRGA, Giovanni. *Op. cit.*, p. 156.

62 Sobre algunas consideraciones de actos bilaterales, compruébese: RHEIN SCHIRATO, Vitor / PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Consenso e Legalidade: Vinculação da Atividade Administrativa Consensual ao Direito*. En: *Revista Brasileira de Direito Público*, año 7, N° 27, oct. /dic. 2009, Belo Horizonte: Fórum, pp. 67-93.