

EL ACCESO A LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN ITALIA*

LUISA AZZENA
ALFREDO FIORITTO

SUMARIO: PRIMERA PARTE. *Una introducción al sistema de justicia administrativa en Italia.* 1. Premisa. 2. El acceso formal a la justicia administrativa: la evolución del sistema de acceso a la justicia administrativa. 2.1. La función del interés legítimo en el proceso. 2.2. La evolución de la justicia administrativa y de la noción del interés legítimo. 3. El actual sistema de justicia administrativa: el nuevo proceso administrativo. 4. Las acciones disponibles en el proceso administrativo. 4.1. Acciones de anulación y la acción de condena para obtener un acto administrativo. 4.2. La acción contra la inercia de la administración pública. 4.3. La acción resarcitoria. 5. Breves menciones sobre la organización y sobre el desarrollo del proceso. SEGUNDA PARTE. *La tutela cautelar en el proceso administrativo.* 1. Premisa. La ejecutoriedad del acto administrativo y la exigencia de una tutela cautelar. 2. El proceso histórico de afirmación de la tutela cautelar en el proceso administrativo. El tradicional privilegio de la administración en el derecho sustancial y en el derecho procesal. 2.1. El sistema original de justicia administrativa. 2.2. La evolución de la tutela del ciudadano en los años setentas del siglo veinte. La actuación del doble grado de jurisdicción administrativa. 2.2.1. La facultad del juez administrativo de suspender la ejecución del acto impugnado en la ley del Tribunal Administrativo Regional (ley núm. 1034/1971). El requisito de la necesidad de evitar el "daño grave e irreparable". 2.2.2. La previsión de la obligación del juez de motivar la orden cautelar. 2.2.3. El requisito (de origen jurisprudencial) del "fumus boni juris". 3. La tutela cautelar del juicio administrativo después de la entrada en vigor del Có-

* Traducción del italiano a cargo de Aldo Petrucci y Rubén Minutti Zanatta.

digo de Procedimiento Administrativo (ley núm. 104/2010). 3.1.1. Los presupuestos de la tutela cautelar: el "fumus boni juris" y el "periculum in mora". 3.1.2. La prohibición para el juez que reconoce la propia incompetencia de pronunciarse sobre la instancia cautelar. 3.1.3. Medidas procesales establecidas en el Código para evitar que la solicitud de tutela cautelar alargue (con pretextos) la duración del proceso. 3.2. Atipicidad de las medidas cautelares. 3.2.1. El procedimiento cautelar general (art. 55 del Código de Procedimiento Administrativo (CPA). La "decisión del fondo dentro de un plazo breve" ("merito a breve") como forma ordinaria de tutela. 3.2.2. El procedimiento cautelar en primera instancia en casos de "extrema" gravedad y urgencia (art. 56 CPA). 3.2.3. La tutela cautelar antes de juicio en casos de "excepcional" gravedad y urgencia (art. 61 CPA). 3.4. Sobre la impugnabilidad de las órdenes cautelares. 3.5. Reflexiones sobre la nueva disciplina del acceso a la tutela cautelar en el procedimiento administrativo.

RESUMEN: El artículo contiene algunas reflexiones sobre el acceso a la justicia administrativa en Italia. La primera parte está dedicada a ilustrar brevemente el sistema de la justicia administrativa y en particular, la evolución de la tutela administrativa y jurisdiccional, la organización de la justicia, las principales formas de acción utilizables ante el juez y las relaciones entre la justicia administrativa y la justicia ordinaria. La segunda parte tiene como objeto investigar el acceso a la tutela cautelar en el proceso administrativo italiano. Se comienza con su reconstrucción en términos histórico-evolutivos de su origen y la afirmación de la tutela cautelar en el ámbito del procedimiento administrativo a través de la legislación y la jurisprudencia, teniendo también en cuenta la contribución del derecho europeo, evolución que termina con la promulgación del Código de Procedimiento Administrativo en el año 2010 en el cual, el procedimiento cautelar recibe finalmente una sistematización orgánica y en el que se resuelven numerosas interrogantes.

ABSTRACT: Lo scritto contiene alcune riflessioni sull'accesso alla giustizia amministrativa in Italia. La prima parte è dedicata ad illustrare brevemente il sistema della giustizia amministrativa e, in particolare, l'evoluzione delle tutele amministrative e giurisdizionali, l'organizzazione della giustizia, le principali forme di azione esperibili davanti al giudice e i rapporti tra giustizia amministrativa e giustizia ordinaria. La seconda parte si propone di indagare l'accesso alla tutela cautelare nel processo am-

ministrativo italiano. Si intende muovere dalla ricostruzione, in chiave storico evolutiva, della nascita e affermazione della tutela cautelare nell'ambito del processo amministrativo, attraverso la legislazione e la giurisprudenza, tenendo altresì conto del contributo del diritto europeo. Evoluzione che è culminata con l'emanazione nel 2010 del Codice del Processo Amministrativo, in cui il procedimento cautelar riceve finalmente una sistemazione organica e in cui numerose questioni trovano una sicura definizione.

ABSTRACT: This article contains some considerations regarding the access to administrative justice in Italy. The first part of the article focuses to briefly illustrate the administrative justice system and, in particular, the evolution of administrative and judicial tutelage, the organization of justice, the main legal actions that can be used before the courts and the relationship between administrative justice and ordinary justice. On the other hand, the second part of the article aims to investigate the access to interim protection in the administrative proceeding of Italy. It will begin by retaking the historical-evolutionary terms of its origin and the statement of the interim protection within the administrative proceeding that appears in the legislature and the national case law, considering, as well, the impact the European Law has had in this subject. Moreover, aforementioned evolution that concludes with the promulgation of the Administrative Procedures Act of the year 2010 in which precautionary proceedings acquires a systematical organization that helps to solve several questionings.

PALABRAS CLAVE: Justicia administrativa, Código de Procedimiento Administrativo italiano, acceso a la justicia administrativa, procedimientos cautelares.

PAROLE CHIAVE: Giustizia amministrativa, Codice del Processo amministrativo italiano, accesso alla giustizia amministrativa, procedimenti cautelari.

KEYWORDS: Administrative justice, Italian Administrative Procedures Act, access to the administrative justice, precautionary procedures.

PRIMERA PARTE
UNA INTRODUCCIÓN AL SISTEMA
DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN ITALIA

ALFREDO FIORITTO

1. PREMISA

Con la aprobación del Código de Procedimiento Administrativo en el año 2010 (D. Lgs. 104/2010) concluyó un largo proceso de reforma de la justicia administrativa italiana, que condujo a una tutela plena y efectiva de los ciudadanos con respecto del poder ejecutivo. Este Código puede ser ciertamente comparado con los de procedimientos civiles y penales, aunque permanecen algunas marcadas diferencias con la totalidad de la justicia administrativa. Ante todo, con el término "*giustizia amministrativa*" se comprende tanto el proceso ante el juez administrativo como la justicia ofrecida por la misma administración con los recursos administrativos y con los medios alternativos de solución de conflictos (MASCs). En segundo lugar, el procedimiento administrativo se desarrolla en dos niveles (Tribunal Administrativo regional y Consejo de Estado) en lugar de tres instancias como sucede con la justicia civil y penal. En tercer lugar, las acciones en el procedimiento administrativo son más limitativas mientras que se prevén diversos procedimientos especiales (el más relevante es el relativo a los contratos públicos, además de haber sido objeto de una muy reciente reforma).

En este escrito se trazarán los puntos fundamentales del sistema de la justicia administrativa italiana partiendo entonces del supuesto que por derecho de acceso a la justicia

se pueden entender dos diferentes aspectos del problema: a) el problema del derecho de acceso formal a la justicia y b) el problema del derecho sustancial a la justicia. Hablaremos principalmente sobre el primer aspecto del problema y trataremos con breves referencias el segundo aspecto.

Respecto al primer punto, daremos una introducción al sistema de justicia administrativa italiana que dará cuenta de sus principios, sus acciones y las fases del proceso. Esa parte proporcionará el cuadro general del sistema de la justicia administrativa, incluida su evolución, de modo que ofrezca elementos para una comparación con el sistema mexicano y para la identificación de los aspectos positivos de las recientes reformas y de las críticas que la doctrina y la jurisprudencia han evidenciado.¹

2. EL ACCESO FORMAL A LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA:
LA EVOLUCIÓN DEL SISTEMA DE ACCESO
A LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA

2.1. *La función del interés legítimo en el proceso*

Un gran estudioso del derecho, particularmente de la justicia administrativa italiana, el profesor Fabio Merusi, en 1986, publicó un libro intitulado *La ingiustizia amministrativa* refiriéndose al sistema entonces vigente de la justicia administrativa. En los años ochenta del siglo XX, más autores hablaron de esa ingiustizia administrativa: Cassese en el 84, Merusi y Sanviti en el 86, Nigro en el 88. Es, sin embargo, gracias a Merusi que se debe la mayor profundización sobre el tema de la ingiustizia que se compone, se-

¹ Cfr. A. Fioritto, "*Gli interessi legittimi come fonte dell'ingiustizia amministrativa*", en "*Il nuovo processo amministrativo*" (a cargo de Catelani, Fioritto, Massera), Torino, 2011, pp. 34-ss.

gún el autor, de tres aspectos que son: la falta del principio contradictorio en el proceso administrativo, la falta de una acción de cumplimiento, así como la presencia de los intereses legítimos, considerados en ambos aspectos procesal y sustancial.

Abordaré, en primer lugar, el tema del interés legítimo sobretudo en su función de un criterio distintivo de la jurisdicción. En el derecho administrativo los aspectos sustanciales y los procesales, más que en otros sectores del derecho, se encuentran estrechamente unidos y quizás el interés legítimo es precisamente la declaración de esta estrecha conexión; por otra parte, no puede ser olvidado que en algunos ordenamientos, la justicia administrativa —hasta hace pocos años— era concebida como la prolongación de la acción administrativa.

En el Código de Procedimiento Administrativo implementado en el 2010 algunos vacíos y algunas carencias señalados por Merusi han sido, sin duda, colmados; el artículo 27 y los artículos 63 y siguientes han indudablemente ampliado la posibilidad del principio contradictorio y rendición efectiva de la paridad de las partes. Sobre la falta de una acción auténtica de cumplimiento ya se ha hablado, pero por cuanto se refiere el tema de los intereses legítimos, los problemas precedentes parecen no haber sido resueltos. Sobre el interés legítimo el Código confirma el criterio que se desprende de la superposición de la ley que abrogó el contencioso administrativo (que hablaba de asuntos no comprendidos entre los derechos civiles y políticos) y de la ley por la que se estableció la IV sección (que habla explícitamente de los intereses, aunque no de los intereses legítimos).

2.2. La evolución de la justicia administrativa y de la noción del interés legítimo

El Código de Procedimiento confirma, por tanto, el dualismo jurisdiccional basado en la distinción entre derechos e intereses. Pero, podríamos preguntarnos ¿este punto de partida resulta ser actual o corre el riesgo de ser ya anacrónico? Ciertamente, el nacimiento y el desarrollo del dualismo jurisdiccional son fruto de las categorías ideológicas que hoy, aunque no estén totalmente superadas (porque en la base de la relación entre la administración y los ciudadanos siempre existe el uso de un poder público necesario para perseguir un interés público) se pueden proponer en términos radicalmente diversos. Sería imposible exponer una reconstrucción completa de las teorías sobre los intereses legítimos pero nos limitamos a algunas útiles a efectos del discurso.

De Tocqueville refuta la idea del dualismo jurídico y jurisdiccional porque está impregnada de autoritarismo, lejana del modelo garantista basado en la imparcialidad, independencia y el principio contradictorio: *entre el Estado y los ciudadanos existe la imaginación de la justicia no la justicia misma*. Los acontecimientos italianos se conocen: las afirmaciones de Mancini en relación a la ley abrogada del contencioso administrativo, aceptables en el fondo, trajeron un resultado opuesto a aquel previsto por el ponente. La afirmación de que los derechos de los ciudadanos pueden ser tutelados sólo por los tribunales comunes se transforma en los hechos en un poder absoluto de la administración que, ya sea por la timidez de los jueces ordinarios, o por la falta de un juez administrativo, obligó al ciudadano a la resignación y a la sumisión. La afirmación de Mancini, tan debatida y criticada, esconde sin embargo una idea acepta-

ble que es la supremacía de la ley y de su correcta aplicación por parte de la administración.

En los hechos, la exaltación del derecho individual y la creación de la situación jurídica del interés simple, con la decisión del juez único, deja a las personas, que entran en contacto con la administración, sin la debida tutela. No son menos ideológicas las posiciones de quien como Spaventa ha contribuido a la creación de una sección jurisdiccional en el Consejo de Estado. De cultura hegeliana, Spaventa ve al estado como una fuente de producción no sólo de normas sino también de valores. El estado tiene un valor ético, y por ello, no es necesario crear un juez nuevo, tercero e independiente, basta con agregar una sección jurisdiccional al Consejo de Estado. Lo que se obtiene entonces es una administración de justicia, centrada en una especie de procedimiento decisorio sobre la legitimidad (o en casos limitados sobre el fondo) pero no un juicio sobre una controversia entre la administración y el ciudadano.

El reconocimiento de la naturaleza jurisdiccional de la sección IV por parte de la Corte de Casación en 1893, no resolvió el problema de la independencia ni de la imparcialidad. La nueva sección viene diversamente interpretada como *jurisdicción imperfecta*² o como superjurisdicción (en un declarado paralelismo con el superhumano "Nietzchiano" de Santi Romano).³ Ahora en tiempos recientes, para el centenario de su constitución, Alberto Romano

² G. Vacchelli, *Difesa giurisdizionale dei diritti dei cittadini verso l'Autorità amministrativa*, en *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, dirigido por V. E. Orlando, III, Milano, 1901, pp. 223-ss.

³ Santi Romano, *Le giurisdizioni speciali amministrative*, en *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, dirigido por V. E. Orlando, III, Milano, 1901, pp. 507-ss.

consideraba al CDS como "pertenciente a la administración como institución".⁴

Más allá del problema de la naturaleza realmente jurisdiccional de la IV sección, cobra vida desde finales del siglo XIX una elegante elaboración teórica sobre la noción del interés legítimo: el mismo adjetivo *legítimo* no está presente en la norma que restablece la jurisdicción administrativa. Prácticamente, toda la ciencia jurídica del siglo XX se mide con esta noción, considerándola tanto como situación jurídica útil sólo para los fines del reparto de la jurisdicción, así como una situación jurídica sustancial.

A menudo el punto de partida para identificar los intereses legítimos es el derecho: así para Borsi los intereses legítimos son derechos reflejos o derechos debilitados.⁵ Para Miele se trata de una posición ventajosa que es sólo como un reflejo de las normas que regulan el ejercicio del poder; de este modo *la posición ventajosa es el resultado de las normas que imponen al titular de un poder la observancia de determinadas modalidades y condiciones en su ejercicio*.⁶

En una perspectiva sustancial se mueve Zanobini, para quien el interés legítimo es "*un principio de orden general*" utilizable no sólo en el derecho administrativo, sino también en el derecho privado (intuición posteriormente desarrollada por estudiosos del derecho privado como por Lina Bigliuzzi Geri). Partiendo de este supuesto, el autor concluye que *la sustracción del derecho a la acción judicial no ha tenido como efecto su transformación en interés simple*. Al contrario, *si algunos intereses legítimos vinieran asignados a la compe-*

⁴ A. Romano, *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, en *Cento anni di giurisdizione amministrativa*, Atti del convegno celebrativo, Napoli, 1996, pp. 57-ss.

⁵ U. Borsi, *Giustizia amministrativa*, Padova, pp. 1934, 120-ss.

⁶ E. Miele, *Principi di diritto amministrativo*, II ed., Padova, 1960, p. 56.

tencia de la autoridad judicial, no por eso se deben considerar como otros tantos derechos subjetivos.⁷

El interés legítimo desde cualquier óptica por la que se le mire, parece permanecer en el punto en el cual se funda la imposibilidad del proceso administrativo de ser construido como un proceso de partes iguales. Giannini sostiene lo mismo, que la posición jurídica exigida en un juicio es aquella de un simple derecho a la legitimidad y que la investigación del juez se limita a verificar la correspondencia entre el acto y la atribución normativa del poder.⁸ En la misma óptica se mueve Capaccioli, según el cual la voluntad de la administración no se forma en una relación, sino que nace del poder.⁹ La administración no debería ser parte del negocio jurídico sino que debería ejercer un poder, aunque dentro de los límites que la legalidad implica, como indica ahora Giannini, en el uso de la discrecionalidad administrativa.¹⁰ Un juez administrativo sería, por tanto, necesario también en razón de su proximidad a la administración y a su conocimiento directo.

Una visión particularmente brillante y exenta de prejuicios e ideologismos la ofrece precisamente Fabio Merusi en la *Injusticia Administrativa*, en donde aclara que: *el interés legítimo es un derecho diverso de los demás sólo en cuanto al objeto y no en cuanto a la sustancia... si hace falta un juez distinto, no es porque son distintas situaciones jurídicas, sino porque el poder de la administración pública es materialmente diverso del poder privado.*

Afortunadamente este planteamiento no ideológico basado en el análisis del estado de las cosas ha sido el pre-

⁷ G. Zanobini, *Interessi legittimi e diritto privato*, en AA.VV., *Studi in memoria di F. Ferrara*, Milano, 1943, II, pp. 707-ss.

⁸ M.S. Giannini, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, II, en Riv. Dir. Processuale, XIX, 1964, p. 18.

⁹ E. Capaccioli, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 1980, pp. 267 y ss.

¹⁰ M. S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939.

dominante, gracias al derecho europeo; así también, antes de la reciente reforma del procedimiento, había sido reconocida la reparación del interés legítimo, había sido ampliados los medios instructores así como el contradictorio y aumentaron los casos de jurisdicción exclusiva del juez administrativo.

Concluyendo sobre este punto, podemos extraer algunas lecciones en torno al desarrollo de la noción del interés legítimo. En el plano procesal podemos decir que el dualismo puede y debe ser interpretado no como separación y diferencia de la jurisdicción, sino como especialidad del juez administrativo, que parece y se comporta cada vez más como un juez ordinario especializado. El Código de Procedimiento Administrativo (CPA) remite en 26 artículos al Código de Procedimientos Civiles: hay un reenvío general por la parte no cubierta por el CPA al proceso civil. El proceso civil se convierte en el modelo del administrativo, que claramente se coloca como un proceso especializado debido a la presencia de una administración pública en el juicio y debido a la particular competencia del juez administrativo; la separación cae y deja espacio a la especialización.

Por otra parte, existen 21 materias que se transfieren al juez administrativo no con base en la distinción entre derechos e intereses, sino con base en la atribución legislativa, que se establece, por tanto, como una atribución exclusiva. En estas 21 materias encontramos varias importantes: bastaría pensar en el urbanismo, o en el sector de la construcción; la mitad del tiempo del desempeño de las funciones de los jueces administrativos está dedicado a resolver sólo controversias en materia de construcción.

3. EL ACTUAL SISTEMA DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA: EL NUEVO PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

El proceso de reforma de la justicia administrativa italiana inició a finales de los años noventa, por obra del legislador y del juez (Decreto Ley núm. 80/90; Corte de Cas. S.U. núm. 500/99; ley núm. 205/2000) y ha venido sido acompañado por una jurisprudencia constitucional que ha contribuido a fijar algunos de sus principios (por ejemplo, las sentencias núm. 204/04, núm. 191/06, etcétera) que han coadyuvado a modificar profundamente la estructura de nuestra justicia administrativa (artículo 117, ap.2 Const. lett. l) entendida como el sistema de los medios de tutela jurisdiccional en las relaciones de derecho público (aquellas que se establecen en el ejercicio de facultades administrativas).¹¹ Tal proceso de reforma se concluyó con el decreto legislativo núm. 104/2010 (CPA) decreto de aplicación de la delegación prevista en el Artículo 44, l. núm. 69/2009, que contiene importantes principios innovadores (para algunos aspectos más avanzados respecto a su implementación por parte del legislador delegado). En el CPA también se incluyeron las normas de ejecución de la delegación con arreglo al Artículo 44 de la ley núm. 88/2009, en materia contenciosa de los contratos públicos, a su vez, aplicativo de directivas comunitarias, que modifica de manera profunda esta clase de controversias, que son extremadamente importantes entre aquellas confiadas a la jurisdicción administrativa y que atribuye al juez administrativo también la tarea de formular valoraciones de los esquemas contractuales.

¹¹ V. Cerulli Irelli, "Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni", en *Il nuovo processo amministrativo*, a cargo de Catelani, Fioritto, Massera, Torino, 2011, pp. 45-ss.

Se puede afirmar que, en este nuevo aspecto del sistema de tutela, las situaciones subjetivas pueden en las relaciones de derecho público (agrupadas en el género de los intereses legítimos: artículo 24 Constitucional) tender a la equiparación respecto a las situaciones protegidas en el ámbito de las relaciones del derecho común (agrupadas en el género de los derechos subjetivos: artículo 24 Constitucional) como aquellas capaces de beneficiarse de todos los medios de tutela reconocidos en el ordenamiento.

Esta nueva ordenación no únicamente está conforme con los principios constitucionales, sino representa su efectiva actualización, después de un largo periodo en el cual nuestro sistema de justicia administrativa quedaba básicamente igual a la actual Constitución (salvo los avances, a menudo eficaces, productos de la jurisprudencia). Además concretiza (aunque en realidad, no se trata de actualizaciones en un sentido técnico) a los principios de tutela jurisdiccional elaborados en sede europea: en la jurisprudencia de la Corte de Justicia UE, de acuerdo con las controversias en las que se aplica el derecho comunitario y dicta principios que son vinculantes para los Estados miembros (los cuales tienen una fuerza expansiva, se diría, incluso más allá de estas controversias); en la jurisprudencia de la CEDU, cuyos principios son vinculantes para los Estados participantes de la Convención aunque en una medida distinta a los primeros, como aquellos que definen el ámbito de la protección jurisdiccional que los Estados deben asegurar a sus ciudadanos (v. las recientes decisiones de la Corte de Justicia: 18.3.2010, C-317/08, C-320/08; 14.2.2008, C-450/2006; CEDU 6.4.2010, 31.3.2009, 1.7.2008, etcétera). Principios que de hecho entraron con una clara expresión en nuestra Constitución

(artículo 111) como consecuencia de la Ley constitucional número 2/1999.¹²

Estos principios se pueden expresar en la frase “*plenitud y efectividad de la tutela*”, que en términos generales (en sus diferentes aplicaciones) significa: todas las situaciones deben poder beneficiarse de todos los medios de tutela (acciones) reconocidas por el ordenamiento, los cuales, dado el tipo de situación protegida y el tipo de relación en el cual se coloca (dadas las particularidades que los diversos tipos de relaciones presentan) son necesarios a fin de garantizar la protección; y que estos medios de tutela (acciones) deben estar regulados de tal manera (lo que se refiere precisamente a la disciplina procesal) para asegurar que la protección sea efectiva, quiero decir capaz de traducirse en un nivel práctico de plena satisfacción sustancial de los intereses que las situaciones protegidas constituyen, precisamente, el sustrato sustancial.¹³

4. LAS ACCIONES DISPONIBLES EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO

4.1. *Acciones de anulación y la acción de condena para obtener un acto administrativo*

El CPA prevé cinco acciones típicas que son el fruto de la constante acción de la evolución legislativa y jurisprudencial. Las acciones son: anulación (Artículo 29) condena (Artículo 30) acciones contra el silencio (Artículo 31) en

¹² Cfr. V. Cerulli Irelli, “*Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni*”, op. loc. cit., en el mismo sentido C. E. Gallo, “*Manuale di giustizia amministrativa*”, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 51-ss.

¹³ Cfr. V. Cerulli Irelli, “*Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni*”, op. cit., pp. 20-ss.

modo distinto vienen después previstas: la acción cautelar (Artículos 55-62 en el ámbito del proceso cautelar) y la acción de cumplimiento (Artículos 112-115).

Pasando a la acción de anulación, hay que recordar cómo el ejercicio del poder administrativo da lugar a un acto jurídico o una orden que pueden producir efectos lesivos en la esfera jurídica de su destinatario y de terceros respecto a la relación jurídica principal. En tales casos, la primera forma de tutela es aquella que consiste en la anulación del acto lesivo, previa comprobación de la presencia de una violación de ley, o de un vicio de incompetencia, o de exceso de poder y el consiguiente restablecimiento de la situación jurídica anterior a la emisión del acto ilegítimo. El CPA también prevé la posibilidad de protección contra un acto o una orden nulos (no sólo anulables o que se pueden anular); en esta hipótesis hay que comprobar, previamente la presencia de uno de los casos de nulidad (que son previstos en el Artículo 21-*septies* de la ley núm. 241/1990, como puede ser la: falta de elementos esenciales, defecto absoluto de atribución, violación o elusión de la cosa juzgada, otros casos más expresamente previstos en las leyes) y después declarar la nulidad de la orden (que implica la imposibilidad de producir efectos jurídicos). Para ello ha sido prevista una acción específica de verificación, no como acción autónoma, sino en el ámbito de la disciplina de la tutela contra el silencio de la administración (Artículo 31 CPA). Ambas acciones están sujetas a un plazo de caducidad bastante breve, de sesenta días (Artículos 29; 31, ap. 4°).

Evidentemente, la acción de anulación representa una tutela eficaz sólo contra los actos y órdenes emanados de la administración (incluso mediante el mecanismo del consentimiento tácito). Cuando, en cambio, la lesión del in-

terés (o del derecho) deriva de un comportamiento inerte, silencioso de la administración (como el caso en el cual la administración ha negado una orden solicitada por el interesado, por ejemplo una autorización que se presume debida) la mera anulación (o la declaración de nulidad) del mismo, no es suficiente para asegurar satisfacción del interés que se presume dañado. Para colmar tal laguna, intervino el Artículo 30 del CPA que ha previsto una acción específica de condena de la administración para que cumpla con la orden dada.

Esta acción está estrechamente conectada (o en contexto, como indica el Artículo 30, ap. 1 CPA) con la acción de anulación, a través de la cual se puede pedir al juez, una vez anulado el acto lesivo y comprobado que un acto positivo debía ser adoptado, de ordenar a la administración la adopción de dicho acto. Para asegurarse que la administración efectivamente cumplirá con la obligación de proveer, el nuevo Código ha previsto que en caso de una inercia ulterior por parte de la administración, el juez pueda nombrar a un comisario extraordinario que, en sustitución de la autoridad administrativa competente, emita el acto debido. La presencia de un comisario evita que el juez se sustituya en la administración (atentando contra el principio de separación de poderes) y además asegura la tutela plena y efectiva solicitada en la Constitución.

4.2. *La acción contra la inercia de la administración pública*

En la primer versión del Código, estaba incluida una auténtica acción de cumplimiento que no obstante lo anterior, ha sido eliminada del texto aprobado por el Parlamento. El problema que se plantea es cómo reaccionar frente

a la inercia de la administración en el caso en el cual tras haber, por ejemplo, el ciudadano presentado una petición destinada a obtener una autorización, la administración no responda y no se pueda formar el consentimiento tácito que refiere el Artículo 20 de la ley núm. 241/1990 (sobre el procedimiento administrativo).¹⁴

En este caso, el interés sustancial es conseguir de la administración el acto solicitado, pero en este caso la administración no ha respondido negando la petición, sino que simplemente no responde. Y por eso la primera petición que se pide al juez es sobre la obligación de la administración de proveer al escrito del particular (hay que recordar que el Artículo 2 de la ley núm. 241/1990 prevé una obligación a cargo de la administración de proveer, así que la inercia de la administración debe ser considerada como un incumplimiento de la obligación de proveer a las solicitudes de los particulares) la verificación por parte del juez de la obligación en estos casos, no puede ir hasta el fondo de la decisión (es decir, sobre cómo debe proveer).

Por lo tanto, el contenido de la verificación de esta acción (y no de anulación, puesto que no existe un presunto acto lesivo por anular) a la que se refiere el artículo 31, CPA, da lugar a una acción de condena para cumplir por parte de la administración. Tal acción de condena resulta ahora más eficaz en el caso en el cual la administración esté vinculada por la ley a la emanación de una orden (cuando, por así decir, es la misma ley la que indica precisamente los requisitos y las condiciones con los cuales es legítimo desempeñar una actividad sometida a autorización, o a otro tipo de orden) o cuando resulte que no existen márgenes de discrecionalidad adicionales a cargo de la administra-

¹⁴ C. E. Gallo, "Manuale di giustizia amministrativa", Torino, Giappichelli, 2016, pp. 95-ss.

ción (como, por ejemplo, el caso en el cual un plan urbanístico tiene ya previsto dónde, cómo y cuándo puede ser iniciada una actividad edificadora).

En estas hipótesis la verificación de la obligación de proveer, se acompaña de la condena para proveer en el modo solicitado por el interesado (y conforme a la ley) aunque en este caso, el juez no puede nombrar a un comisario que sustituya a la administración en caso de inercia de ésta (con arreglo al artículo 34, ap. 1°, lett. e).

4.3. La acción resarcitoria

Esta acción se configura como una especie de acción de cumplimiento (Artículo 30 CPA) con la cual, se solicita el resarcimiento por los daños producto del ejercicio (o de la falta de ejercicio) del poder administrativo.

El establecimiento en nuestro ordenamiento administrativo de la acción resarcitoria (ley núm. 205/2000) para la protección de los intereses legítimos, rompió el antiguo monopolio de la acción de anulación en las controversias de derecho público.¹⁵ Con referencia a la misma, el Tribunal Constitucional (sentencia núm. 204/04) ha tenido oportunidad de afirmar con claridad por primera vez el principio de la plenitud de protección de las situaciones atribuibles al género de los intereses legítimos con arreglo al Artículo 24 Constitucional; como aquellas que necesitan, del mismo modo que los derechos subjetivos, de múltiples formas de tutela con el fin de asegurar la satisfacción en el plano sustancial. En conclusión, podemos decir que con la introducción de la acción resarcitoria en las con-

¹⁵ Cfr. V. Cerulli Irelli, "Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni", *op. cit.*, pp. 25-ss. C.E. Gallo, "Manuale di giustizia amministrativa", Torino, Giappichelli, 2016, pp. 51-ss.

troversias de derecho público, comenzó el nuevo curso de nuestro sistema de tutela. Es precisamente el reconocimiento de las pretensiones resarcitorias el que confirma el carácter plenamente sustancial del interés legítimo como la situación protegida con referencia a un bien, que se tiene "*derecho de mantener o de obtener*", y que, si se dañó injustamente, debe ser resarcido en su valor monetario (o su equivalente) en caso de que no se puede reintegrar en forma específica (Artículos 2043, 2058, Cod. Civ.).

La pretensión resarcitoria a cambio de un daño producido presupone, obviamente, la verificación de que el hecho que produjo el daño es injusto (con arreglo al Artículo 2043 del Cod. Civ.) y que es el resultado de una conducta directa para realizar una situación no digna de tutela ("*non jure*", por ejemplo, la expedición de una orden ilegítima) o que sea el producto de un evento lesivo de una situación digna de tutela ("*contra jus*", por ejemplo una negación de un acto debido).¹⁶

Por otra parte, si como en este caso, el hecho injusto se concreta en un acto administrativo, hay que comprobar la ilegitimidad del mismo acto. Y para que la existencia del daño resarcible pueda ser verificada en la práctica, debe determinarse que se ha operado por el efecto de un hecho injusto (de un acto ilegítimo) según el principio de causalidad (esto es, si el hecho no hubiese ocurrido o bien si el acto se hubiese realizado conforme a la ley, el daño no se hubiera producido).¹⁷

¹⁶ Cfr. L. Torchia, "La responsabilità", en el "Trattato di diritto amministrativo", a cargo de S. Cassese, Parte generale, Tomo II, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 1656-ss.

¹⁷ Cfr. V. Cerulli Irelli, "Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni", en "Il nuovo processo amministrativo" (a cargo de Catelani, Fioritto, Massera), Torino 2011, 25 ss. A. Travi, "Lezioni di Giustizia amministrativa", Torino, 2013, pp. 19-ss.

5. BREVES MENCIONES SOBRE LA ORGANIZACIÓN Y SOBRE EL DESARROLLO DEL PROCESO

El nuevo Código no intervino en la organización de la justicia administrativa, y más que innovar, ha procedido a sistematizar el desarrollo del proceso administrativo, antes contenido en diversos textos normativos.

Por lo que se refiere a la organización, el sistema de la justicia está basado en dos niveles: el primero es el concerniente al Tribunal Administrativo Regional (TAR) el segundo es el relativo al Consejo de Estado que juzga recursos de apelación sin filtros especiales; así que cada sentencia de primer grado puede ser objeto de apelación ante el Consejo de Estado. El desarrollo del procedimiento es relativamente rápido respecto de los procesos civiles y penales y, en algunas importantes materias, por ejemplo, en los contratos públicos, se encuentran previstos términos muy breves que logran reducir a la mitad los tiempos del proceso (tanto que es posible obtener una sentencia definitiva del Consejo de Estado dentro de un año, contado a partir de la impugnación del acto).

Respecto a la competencia del juez administrativo cabe destacar que, al lado de la distinción tradicional entre derechos (de competencia del juez ordinario) e intereses legítimos (de competencia del juez administrativo) se ha ampliado mucho el área de la así llamada "*jurisdicción exclusiva*" que, prescindiendo de la situación jurídica, asigna distintos ámbitos de materias a uno y a otro juez. De hecho, la tendencia ha sido la de ampliar mucho el ámbito de la competencia exclusiva del juez administrativo frente a la competencia del juez ordinario. Al juez ordinario se le da competencia en la materia de relaciones de trabajo con la administración pública (debido a la contratación/privatización

de las relaciones de trabajo de sus dependientes públicos efectuada en 1992) mientras que al juez administrativo le son asignadas materias muy relevantes como los servicios públicos, los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, construcción, urbanismo, expropiación (y cerca de otras 20 materias indicadas en el Artículo 133 CPA).

El procedimiento se inicia con la demanda presentada ante el Tribunal regional competente (o en el caso de competencia por materia ante el TAR de Lacio o de Lombardia) dentro del término de 60 días (plazo que puede ser reducido para algunas materias, como por ejemplo en los contratos públicos). El escrito inicial debe ser notificado a las demás partes (la autoridad administrativa que ha dictado el acto y, en su caso, a otras partes en el procedimiento que tienen un interés contrario al del demandante) y deberán ser exhibidos junto con la demanda, los documentos relativos a la propia demanda.

En el procedimiento rige el principio de congruencia, es decir la relación que debe haber entre lo que se solicita al juez y lo que se decide finalmente; ello implica que los hechos deben claramente ser indicados, al igual que los actos que se están impugnando y los motivos por los cuales se pide la anulación, debido a que el juez no puede pronunciarse sobre otros motivos distintos que pudiera detectar en el curso de la instrucción. En el curso de la instrucción el juez puede acudir, en aras de llegar a una mejor decisión, a los documentos presentados pero también puede ser asistido por sus propios asesores, en general, llamados a expresar su opinión en los casos siempre más frecuentes de aplicaciones de normas técnicas (por ejemplo, sobre la nocividad de las ondas electromagnéticas en el ámbito de un proceso para la anulación de una autorización para ins-

tar un repetidor de señales radiotelevisivas). La instrucción prevé una o más audiencias públicas en las cuales los representantes legales de las partes exponen sus razones y, en su caso, se les solicita la adquisición de nueva y ulterior documentación y de pruebas testimoniales (prevista por primera vez en el Artículo 63 del CPA).

Particular relevancia tiene la fase cautelar del proceso (de la cual se habla en la segunda parte del presente artículo) que puede celebrarse tanto en la primera instancia como en la segunda y que a menudo condiciona la decisión final (sentencia).

La resolución del asunto, que ocurre con la sentencia (o con otros actos, como la orden, en el caso de medidas relacionadas al procedimiento) es colegiada y puede ser objeto de apelación ante el Consejo de Estado. No se prevén mayores requisitos a la apelación y eso implica que, potencialmente, todas las sentencias de primer grado pueden ser recurridas.

En el nuevo Código están, por último, regulados numerosos procedimientos especiales (entre los más relevantes: los juicios electorales, contra el silencio administrativo, contra la denegación de acceso a los actos administrativos, en materia de contratos, en materia de órdenes de pago judiciales) para los cuales se aplican, evidentemente, reglas particulares que tienden sobre todo a hacer más rápidos y eficaces (y, por tanto, más económicos) los procedimientos.

SEGUNDA PARTE

LA TUTELA CAUTELAR EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO

LUIZA AZZENA

1. PREMISA

LA EJECUTORIEDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO Y LA EXIGENCIA DE UNA TUTELA CAUTELAR

En Italia, el procedimiento administrativo está revestido por el carácter de la ejecutoriedad; el procedimiento, de hecho, en cuanto destinado a la tutela del interés público, en el momento en el cual se ha convertido en eficaz, puede ser puesto en ejecución, no obstante haya surgido, en su beneficiario, dudas sobre su legalidad.

En esta perspectiva, se ha previsto, como resultado de una larga evolución jurisprudencial y legislativa, en el ámbito del procedimiento administrativo italiano, un procedimiento cautelar, directo a obtener, por parte del juez administrativo, una medida que paralice la ejecución del acto o de la orden impugnado, en la espera de la definición de la sentencia de fondo.

La tutela cautelar, por tanto, se aplica para evitar que en la tardanza del juicio, la situación jurídica subjetiva cuya lesión se discute, pueda resultar irremediabilmente lesionada; es decir, en otras palabras, para preservar la situación tal y como está por el tiempo necesario para que el juez adopte su decisión de fondo. Desde el punto de vista práctico, la tutela cautelar es aplicable para permitir un margen de discrecionalidad de la administración que podría resolver la controversia en la vía administrativa (a través del poder de autotutela) determinando la falta de las razones

que ocasionaron la controversia y/o de hecho eliminando el interés al recurso con renuncia a la fase sucesiva para la decisión de fondo del juicio.

La tutela cautelar encuentra cobertura en los Artículos 24¹⁸ y 111¹⁹ de la Constitución italiana, y en los principios del derecho europeo, en particular, en el principio comunitario de efectividad de la tutela jurisdiccional, que comprende el

¹⁸ Constitución italiana, artículo 24: Todos podrán acudir a los tribunales para la defensa de sus derechos y de sus intereses legítimos. La defensa constituye un derecho inviolable en todos los estados y etapas del procedimiento. Se garantizan a los desprovistos de recursos económicos, mediante las instituciones adecuadas, los medios para demandar y defenderse ante cualquier jurisdicción. La ley determinará las condiciones y modalidades de reparación de los errores judiciales.

¹⁹ Constitución italiana, artículo 111: La jurisdicción se administrará mediante un juicio justo regulado por la ley.

Todo juicio se desarrollará mediante confrontación entre las partes, en condiciones de igualdad ante un juez ajeno e imparcial, y con una duración razonable garantizada por la ley.

Durante el juicio penal, la ley garantizará que la persona acusada de un delito sea informada, lo antes posible, con carácter reservado sobre la naturaleza y los motivos de la acusación contra su persona; que disponga del tiempo y de las condiciones necesarias para preparar su defensa; que tenga la facultad, ante el juez, de interrogar o de hacer que se interrogue a aquellas personas que declaran contra él; que obtenga la convocatoria y el interrogatorio de personas en su defensa en las mismas condiciones que la acusación y que se obtenga cualquier otro tipo de prueba en su favor; y que le asista un intérprete de no entender o hablar la lengua utilizada durante el juicio.

El juicio penal estará regulado por el principio contradictorio para la formación de las pruebas. No se podrá fundar la culpabilidad del acusado en declaraciones hechas por personas que, por libre decisión, no hayan querido ser interrogadas por parte del acusado o de su defensor.

La ley regulará aquellos casos en los que la práctica de las pruebas no tenga lugar mediante una confrontación por consenso del imputado, por imposibilidad demostrada de carácter objetivo o bien por efecto de una conducta manifiestamente ilícita.

Todas las decisiones judiciales deberán ser motivadas.

Contra las sentencias y contra los autos en materia de libertad personal, pronunciados por los órganos jurisdiccionales ordinarios o especiales se dará siempre recurso de casación ante el Tribunal Supremo por infracción de ley. Esta norma no admitirá más excepción que las sentencias de los tribunales militares en tiempo de guerra.

Contra las resoluciones del Consejo de Estado o del Tribunal de Cuentas se dará recurso de casación únicamente por los motivos inherentes a la jurisdicción.

derecho de acceso a la justicia,²⁰ y en los Artículos 6²¹ y 13²² de la Convención Europea de Derechos Humanos. El

²⁰ El principio, de origen jurisprudencial, se ha codificado, en el 2001, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Véase en particular, el artículo 47: *Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial. Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo.*

Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar.

Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia.

²¹ CEDU, Artículo 6: *Derecho a un proceso equitativo.*

1. *Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.*
2. *Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.*
3. *Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:*
 - a) *a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y de manera detallada, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él;*
 - b) *a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa;*
 - c) *a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si carece de medios para pagarlo, a poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia así lo exijan;*
 - d) *a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra y a obtener la citación e interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra;*
 - e) *a ser asistido gratuitamente de un intérprete si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia.*

²² CEDU, Artículo 13: *Derecho a un recurso efectivo: Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la*

cuadro normativo, por último, se completa, con especial atención a la justicia administrativa, con la referencia del artículo 113 de la Constitución Italiana.²³

2. EL PROCESO HISTÓRICO DE AFIRMACIÓN DE LA TUTELA CAUTELAR EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO.

EL TRADICIONAL PRIVILEGIO DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL DERECHO SUSTANCIAL Y EN EL DERECHO PROCESAL

La tutela cautelar en el procedimiento administrativo ha seguido el mismo curso evolutivo que le ocurrió a este último. En Italia, la justicia administrativa ha sido, de facto, por largos años, orientada más hacia la tutela de las razones de la administración que de la ciudadanía. En su relación con la administración, los intereses particulares han sido generalmente sacrificados a favor de la administración pública, en cuanto titular de intereses asociados al "bien común", considerado necesariamente prevalente. Como muestra evidente de tal afirmación existe la evolución de la concepción del interés legítimo, situación jurídica subjetiva contrapuesta a aquella del derecho subjetivo.

La figura subjetiva del interés legítimo, ya de por sí notablemente ambigua, ha sido, por demás, concebida durante muchos años como poco idónea para dar lugar al resarcimiento del daño en los casos en los cuales la lesión

concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales.

²³ Constitución Italiana, Artículo 113: *Contra los actos de la Administración Pública se dará siempre la protección jurisdiccional de los derechos y de los intereses legítimos ante cualesquiera órganos judiciales ordinarios o administrativos.*

Dicha protección jurisdiccional no podrá quedar excluida o limitada a medios determinados de impugnación o para determinadas categorías de actos.

La ley especificará los órganos jurisdiccionales con facultad para anular los actos de la Administración Pública en los casos y con los efectos previstos por la ley misma.

por parte de la administración hubiere resultado ser "contra legem". Dicha concepción, por largos años incluso "petrificada", finalmente, se terminó con la afirmación del derecho europeo (y, sucesivamente, de la Corte de Casación italiana, con la célebre sentencia núm. 500/1999) que, en modo más pragmático, se ha basado sobre la afirmación del principio por el cual cualquier daño injusto debe ser resarcido, con independencia de la calificación jurídica que cada ordenamiento reserva a la situación jurídica subjetiva lesionada.

Sólo el hecho de que se superó la teoría que excluía la resarcibilidad de los daños derivados de la lesión del interés legítimo vino a demostrar cómo el privilegio reservado a la administración pública por tal concepto fue el resultado de un planteamiento ideológico, fundado sobre el asunto de la prioridad del interés público sobre aquellos específicos de los ciudadanos y no el efecto de normas jurídicas.

La doctrina, sin embargo, con el tiempo, ha rechazado este supuesto, reconociendo que la ley, también cuando hace prevalecer el interés público sobre otros intereses, lo hace en modo circunscrito, razón por la cual dentro de la respectiva esfera de tutela, cada interés, público o privado, prevalece sobre el otro y además, no puede ser sacrificado. Con los años, esta malentendida prioridad del interés público ha marcado no sólo la tutela sustancial, sino también la procesal. De modo que la administración pública, que ya gozaba de privilegios, no sólo justificados por las decisiones legislativas, sino también injustificados desde un punto de vista sustantivo de las relaciones, se ha beneficiado de una posición privilegiada también en el proceso, que por el contrario con base en los principios constitucionales y europeos mencionados (ver párrafo uno de este apartado)

tendría que ser caracterizado por la paridad procesal de las partes.

El privilegio de la administración pública se ha manifestado, por ejemplo, en el campo probatorio, donde a menudo la obtención de las pruebas ha dependido de la misma administración (las principales: solicitud de documentos, de aclaraciones y verificaciones). Situación que, evidentemente, no podía no determinar efectos también sobre la extensión de la acción cautelar, en cuanto (aunque no sólo) garantía de efectividad de la resolución definitiva.

2.1. *El sistema original de justicia administrativa*

Asimismo, necesitamos considerar cómo, originalmente, la tutela jurisdiccional en la administración pública se circunscribe a un ámbito limitado, confiado al Consejo de Estado, juez central de muy alto nivel y por tanto no fácilmente accesible, que pronunciaba en único grado y con limitación a las medidas de las administraciones estatales; mientras que para la impugnación de las medidas de las entidades locales estaba prevista únicamente una jurisdicción menor, por así llamarla, constituida por las Juntas Provinciales Administrativas en sede jurisdiccional y, en cuanto a la responsabilidad de los administradores públicos, por los Consejos de Prefectura; ambos sin los requisitos mínimos de la jurisdicción, como habría reconocido posteriormente la Corte Constitucional, que al declararlos inconstitucionales, los suprimió (Corte Constitucional, sentencia del 22 de marzo de 1967, núm. 30; 20 de abril de 1968, no 33; 27 de mayo 1968, no. 49).

En este contexto de falta de tutela, la medida cautelar no podía más que ser igualmente reducida. El texto único de las leyes sobre el Consejo de Estado de 1924 preveía, de

hecho, únicamente que la medida, en vista de la posterior nulidad podría ser suspendida en sus efectos cuando fuese recurrida por "*motivos graves*"; disposición que por otra parte se remonta a los orígenes de la jurisdicción administrativa, con la institución, en el 1889, de la IV sesión del Consejo de Estado (1. 31 de marzo de 1889, núm. 5992) la cual establecía que en vía general la impugnación de la medida no tuviese "*efecto suspensivo*".

Asimismo, necesitamos considerar cómo la limitación de la posibilidad de intervención cautelar dependía también del hecho que el juicio administrativo era predeterminado casi exclusivamente a la anulación del acto; anulación que, evidentemente, se revelaba impropia en todos los casos en donde la lesión del interés del recurrente fuese derivado de una denegación o de un comportamiento omisivo de la administración.

Por último, bastante amplia era la discrecionalidad del juez en la decisión con referencia a la concesión (o no) de la tutela cautelar, dado que el juez evaluaba, no sólo si existían motivos válidos, más si éstos eran o no graves. Y es claro que la discrecionalidad del juez podría haber dado lugar a un favor frente al recurrente, pero también, viceversa, a una aplicación fuertemente restrictiva de sus razones, mucho más probable teniendo en cuenta la orientación, como hemos visto, definitivamente favorable a la administración (en cuanto portadora de un interés público) por tanto, predominante.

2.2. La evolución de la tutela del ciudadano en los años setenta del siglo pasado. La actuación del doble grado de jurisdicción administrativa

La superación de esta situación de privilegio de la administración pública y de la correspondiente falta de tutela del ciudadano, ocurrió gradualmente, utilizando durante un periodo largo de tiempo los espacios interpretativos. Finalmente, en los años setenta del siglo pasado, se produjo una importante innovación normativa con la adopción de la ley del 6 de diciembre de 1971 núm. 1034, constitutiva de los TAR (Tribunales Administrativos Regionales).

2.2.1. La facultad del juez administrativo de suspender la ejecución del acto impugnado en la ley del Tribunal Administrativo Regional (l.núm. 1034/1971). El requisito de la necesidad de evitar el "daño grave e irreparable".

La ley núm. 1034/1971 (1.Tar), en su párrafo 7,²⁴ del Artículo 21, previó la posibilidad de que el juez administrativo pueda suspender la ejecución del acto impugnado cuando se demuestre que ésta causará "daños graves e irreparables" (a veces a la administración, en lugar del recurrente, cuando la sentencia definitiva la forzará a restablecer la situación anterior).

La institución de los tribunales administrativos regionales ha determinado un fuerte aumento de demandas de justicia administrativa, antes no ejercitadas por la dificultad, que se ha mencionado, de recurrir el Consejo de Estado. Además, la disciplina de la tutela cautelar, contenida

²⁴ El párrafo original 7 se sustituye por el actual párrafo 8, como resultado de lo dispuesto en el Artículo 3, 1.21 de julio de 2000, núm. 205.

en la ley núm. 1034/1971, ha decretado el éxito de la institución, que ha conocido un desarrollo incluso anormal, imponiendo diferentes intentos de contenerlo, tanto a nivel judicial como legislativo, sobre todo a efecto de evitar el consecuente alargamiento de los tiempos para obtener la decisión definitiva. El interés de la doctrina y de la jurisprudencia han contribuido al refinamiento progresivo de los diferentes perfiles de la tutela cautelar.

2.2.2. La previsión de la obligación del juez de motivar la orden cautelar.

En particular, esto ocurrió con referencia a la motivación de la orden cautelar. En un principio, de hecho, no estaba prevista una obligación de motivación y quedaba por tanto encomendado a la sensibilidad de los órganos judiciales esforzarse por evitar que el recurrente fuese privado del derecho de conocer por qué razones fue desatendida su petición de suspensión y por tanto de adaptar la propia estrategia procesal, con una lesión significativa de su derecho de defensa. Lo cual se ha traducido en notables inconvenientes también en el plano práctico, dado que el comportamiento procesal del recurrente estaba bajo la situación de ignorancia en la que se le dejaba, especialmente a efectos de valorar el fundamento del juicio sobre la gravedad del daño sufrido, e incluso de apreciar la consistencia de la propia pretensión acerca la ilegitimidad invocada.

Tanto fue así, que hubo un incremento de los recursos de apelación, en buena parte derivados del hecho de que no venían expuestos en la orden cautelar, aspectos de fundamentación de la demanda que desde un primer examen parecían evidentes al juez y que podrían haber tenido un

efecto disuasivo. Inevitablemente la apelación reiteraba los motivos por los cuales el juez de primera instancia no había dado respuesta afirmativa. No fue sino hasta la ley núm. 1034/1971 que, finalmente, se dispuso, en el Artículo 21, párrafo 7 (original) que en la solicitud de la suspensión: *el pronunciamiento del tribunal administrativo regional debe ser motivada*; la ley 205/2000, por tanto, ha precisado que la orden cautelar deberá motivar: "en orden a la evaluación del perjuicio alegado" e indicar: "los aspectos que, en un examen sumario, induzcan a una razonable previsión sobre el resultado del recurso" (Artículo 21, párrafo 8 del texto reformado).

2.2.3. El requisito (de origen jurisprudencial) del "fumus boni juris"

Además, integrando los requisitos indicados en la ley, relacionados con el daño, que debe ser "*grave e irreparable*", la jurisprudencia ha introducido, de modo cada vez más convincente, un elemento no previsto en la ley, comúnmente conocido como "*fumus boni juris*", relacionado con una sentencia que puede ser expresada después de un breve examen de los motivos del recurso.

3. LA TUTELA CAUTELAR DEL JUICIO ADMINISTRATIVO DESPUÉS DE LA ENTRADA EN VIGOR DEL CÓDIGO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO (L.NÚM. 104/2010)

En Italia, por tanto, la posibilidad del recurrente de acceder a una tutela cautelar se ha afirmado gradualmente. El procedimiento cautelar en el ámbito del juicio administra-

tivo hoy, al fin, ha encontrado una organización sistemática dentro del Código del Procedimiento Administrativo (decreto legislativo núm. 104/2010) que dedica al "Procedimiento cautelar" todo el título segundo del Libro segundo.²⁵ El Código se atiene a la regla (ya expresada, como se ha dicho, en la ley de 1889) por la que, en el juicio promovido para la anulación de una medida administrativa, la presentación del recurso no suspende la ejecución de la medida impugnada; corresponde por lo tanto a la parte interesada (normalmente, el recurrente) pedir una medida cautelar al juez administrativo, si desea evitar que sus razones puedan verse comprometidas durante el tiempo necesario para la decisión de su recurso.²⁶ Sin embargo, el Código, al mismo tiempo, se abre a una visión más amplia de la tutela cautelar coherentemente con la variedad de conflictos conferidos hoy al juez administrativo.

La amplitud de la nueva visión se reúne bajo diversos perfiles. Primero, el nuevo Código prevé una pluralidad de tipos de procedimientos cautelares: aquél del Artículo 55 (tutela cautelar colegiada en el ámbito del procedimiento ordinario) aquél del Artículo 56 (tutela cautelar monocrática siempre en el contexto del procedimiento respectivo)

²⁵ Sobre la tutela cautelar en el nuevo Código del Proceso Administrativo, v. M. A. Sandulli, "*La fase cautelare*", en "*Dir. proc. amm.*", 2010, 1130; Id., "*Procedimento cautelare*", en A. Quaranta, V. Lopilato (bajo la dirección de) "*Il processo amministrativo*", Milano, Giuffrè, 2011, pp. 483-ss.; A. Pajno, "*La giustizia amministrativa all'appuntamento con la codificazione*", en "*Dir. proc. amm.*", 2010, pp. 119; M. Annoni, "*Il riordino della fase cautelare*", en www.giustamm.it, 2010, VII, 2; A. Pavan, "*La tutela cautelare nel nuovo codice del processo amministrativo*", Milano, Giuffrè, 2010; R. Leonardi, "*La tutela cautelare nel processo amministrativo*", Milano, 2011; M.V. Lumetti, "*Processo amministrativo e tutela cautelare*", Padova, Cedam, 2012; F. Aperio Bella, "*Il procedimento cautelare*", en M.A. Sandulli (bajo la dirección de), "*Il nuovo processo amministrativo. Studi e contributi*", vol. 2, 2013, Milano, Giuffrè, pp. 153-ss.; R. Caponigro, "*La natura della posizione giuridica nella tutela cautelare atipica del giudizio amministrativo: dalla tutela cautelare alla tutela camerale*", en www.federalismi.it, 14 octubre 2015.

²⁶ A. Travi, "*Lezioni di giustizia amministrativa*", Torino, Giappichelli, 2016.

y aquél del artículo 61 (nueva tutela cautelar ante *causam*) (v. *infra*). Pero, sobre todo, es la variedad (es decir la atipicidad) de las medidas cautelares que el juez puede disponer que demuestra la visión más amplia de la tutela cautelar adoptada por el nuevo Código (v. *infra*).

El Código, además, se inspira en la valorización del principio de instrumentalidad de la tutela cautelar, respecto de la decisión de fondo del recurso (la cual resulta de algunos caracteres que se examinarán más tarde, como: la solicitud de fijación de la audiencia como condición de procedibilidad de la medida cautelar; los términos de eficacia rígidamente circunscritos a las medidas de primera instancia y ante *causam*; la fijación de la *decisión del fondo dentro de un plazo breve —merito a breve—* como cautela típica... v. *infra*).²⁷

Dicho principio vale para garantizar una conexión entre la decisión cautelar y la decisión del fondo del asunto, importante para superar los problemas graves surgidos bien sea en contra del solicitante así como en contra de la administración como resultado de la pronunciación del fondo interpuesta en sentido opuesto, después de años de una suspensión otorgada que había ocasionado una inevitable confianza del privado y problemas organizativos por parte de la administración pública.

²⁷ F. Aperio Bella, "Il procedimento cautelare", cit., 571. En torno a la instrumentalidad funcional y estructural entre tutela cautelar y juicio del fondo v. G. L. Conti, "Si possono ancora chiamare sospensive? Alcune questioni sulla novella della tutela cautelare nel codice della giustizia amministrativa", en E. Catelani, A. Fioritto, A. Massera (bajo la dirección de), "La riforma del processo amministrativo. La fine dell'ingiustizia amministrativa?", Napoli, Editoriale scientifica, 2011, pp. 120-ss.

3.1. Los presupuestos de la tutela cautelar: el *fumus boni juris* y el *periculum in mora*

El nuevo Código de Procedimiento Administrativo regula los presupuestos de la tutela cautelar, que fueron tomando forma en el tiempo, en particular por parte de la jurisprudencia, pidiendo ahora expresamente, para la concesión de la medida cautelar solicitada, el cumplimiento de dos requisitos: el *fumus boni juris* y el *periculum in mora*.

En cuanto al requisito del *fumus*, el Artículo 55, párrafo 9 del CPA, prevé que la medida cautelar puede ser concedida por el juez con base a una evaluación sobre la *previsión razonable del éxito del recurso*. En el pasado, se discutió si el *fumus*, consistía en la *probabilidad* de la aceptación del recurso, o más bien en una *falta de fundamentación en el recurso*. Adhiriéndose a la primera interpretación,²⁸ es evidente que la aceptación de la instancia cautelar del ciudadano implicaría también una evaluación (aunque provisional y parcial) del juez acerca de la fundamentación del recurso, mientras que, según la segunda interpretación, la medida cautelar debería estar excluida si existe una evidente no fundamentación del recurso. El nuevo Código, por tanto, pone fin a estas dudas interpretativas y, traduciendo el requisito del *fumus* en una *razonable estimación sobre el resultado del recurso*, acoge evidentemente la primera interpretación, en una óptica de valoración de la instrumentalidad de la medida cautelar respecto al asunto principal.

En cuanto al requisito del *periculum in mora* del Artículo 22, ap. 1 del CPA, lo identifica con el riesgo de que el ciudadano pueda *sufrir un perjuicio grave e irreparable*, por efecto de la medida impugnada, *durante el tiempo necesario*

²⁸ A. Travi, "Tutela cautelare" (dir. amm.), en www.treccani.it, diritto-online, 2013, p. 4.

para llegar a la decisión del recurso. Este perjuicio debe ser específicamente demostrado por el recurrente que pide la medida cautelar; el juez no puede de oficio ni dar por sentada su existencia, ni introducirlo en el proceso. El carácter de la *gravidad* y la *no reparabilidad* del daño, según la jurisprudencia, se puede verificar en un sentido absoluto (es decir, con relación al tipo de interés perjudicado en el acto, independientemente de las condiciones particulares del recurrente, bastaría pensar en el acto cuya ejecución implica la destrucción de un edificio, el cese de una actividad empresarial, la pérdida del puesto de trabajo, etcétera) o, en sentido relativo (o sea, con la incidencia sobre las condiciones del ciudadano, bastaría pensar en la sanción pecuniaria en la cual el importe es exorbitante respecto al ingreso del recurrente). Debe tratarse, sin embargo, de un peligro particularmente relevante.

Además el *periculum in mora* debe ser evaluado por el juez no sólo respecto a la posición del recurrente, sino con base a una comparación de los intereses públicos y privados implicados; por lo que el daño a cargo del recurrente no puede ser decisivo cuando la suspensión pueda producir daños (al menos) igualmente graves para la administración (o para la otra parte titular de un interés opuesto).²⁹

²⁹ E. Casetta, "Manuale di diritto amministrativo", XVII ed. completamente revisada por F. Fracchia, Milano, Giuffrè, 2015, p. 857; A. Travi, "Lezioni di giustizia amministrativa", cit., 276; Id., "La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione", IV ed., Milano, Giuffrè, 2003, p. 159. V., a propósito, también el Artículo 125, ap. 2 CPA.

3.1.2. La prohibición para el juez que estima la propia incompetencia de pronunciarse sobre la instancia cautelar

Entre los presupuestos de la tutela cautelar el nuevo Código incluye también lo relativo a la competencia del juez que conoce el caso (Artículo 55, ap. 13, CPA.: *El juez que conoce puede disponer de medidas cautelares sólo si considera que cuenta con competencia*). Con anterioridad, al contrario, la práctica era prevalentemente orientada en el sentido de admitir que el juez incompetente en todo caso podía administrar la tutela provisional solicitada, si evaluaba la existencia de los dos requisitos del *periculum* y el *fumus*.

Esa orientación era el origen del fenómeno anormal del *turismo* cautelar o del *forum shopping*, a la luz del cual un recurrente, impugnando un acto administrativo, con una solicitud de suspensión, en lugar de tener que radicar el juicio ante el juez competente, podría *elegir* el Tribunal administrativo regional, *evitando* el TAR que habría sido naturalmente competente por ley y cuya jurisprudencia en la materia *de qua* podría predecir una derrota probable. Tal fenómeno procesal se planteaba evidentemente en contraste al Artículo 25 de la Constitución, que informa al sistema jurisdiccional italiano con el principio del juez natural, es decir el principio de predeterminación del juez por ley.³⁰ Así, en el nuevo Código, la prohibición expresa de pronunciarse sobre la instancia cautelar en el caso en el cual el juez que conozca estime su propia incompetencia,

³⁰ N. Pignatelli, "Tutela cautelare e competenza nel "nuovo" processo amministrativo: l'attuazione costituzionale del principio del giudice naturale", en AA.VV. (a cargo de), "Le garanzie giurisdizionali, Il ruolo delle giurisprudenze nella evoluzione degli ordinamenti", Torino, Giappichelli, 2010, también en www.giustizia-amministrativa.it. Sobre el principio del juez natural cf. R. Romboli, "Il giudice naturale. Studio sul significato e la portata del principio nell'ordinamento costituzionale italiano", Milano, Giuffrè, 1981.

constituye una novedad de especial importancia, que, si bien introduce el riesgo de un alargamiento de los tiempos del contencioso derivados de la solución de la cuestión de competencia, se presenta más que nunca oportuna,³¹ reiterando la necesaria conexión entre la medida cautelar y la decisión de fondo del recurso, que informa el cuerpo de Código.

3.1.3. Medidas procesales establecidas en el Código para evitar que la solicitud de tutela cautelar alargue (con pretextos) la duración del proceso

El temor de la prolongación de los tiempos del proceso que, evidentemente, es esencial evitar si se trata de tutela cautelar, se sustenta en otras disposiciones del Código. En tal sentido, en particular, el siguiente elemento significativo de novedad respecto al pasado es la previsión expresa de la obligación de solicitud de la fijación de la audiencia de fondo como condición para la verificación de la petición cautelar (en la práctica anterior a la entrada en vigor del Código, al contrario, la solicitud de la audiencia no era condición para la tramitación de la demanda cautelar). Dicha previsión vale también para subrayar la óptica, que, como se ha dicho, permea el nuevo Código, que impone una necesaria relación de la tutela cautelar respecto a la decisión sobre el fondo del recurso. En el mismo sentido, en la tutela cautelar *ante causam*, la aceptación de la medida pierde de cualquier manera efectos si dentro de los quince días a su adopción no se notificó el recurso con la demanda cautelar y ésta no se ha presentado en los sucesivos cinco días junto con la fijación de la audiencia (Artículo 61, ap. 5).

³¹ Como destacado por R. Chieppa, "Il processo amministrativo dopo il correttivo al codice", Milano, Giuffrè, 2012, p. 398.

La exigencia que sustenta tales previsiones legislativas es, evidentemente, la de evitar que la solicitud de la tutela cautelar, sirva para alargar, engañosamente, la duración del proceso, retrasando el tiempo de la decisión de fondo.

3.2. Atipicidad de las medidas cautelares

Un elemento en común de todas las formas de tutela cautelar reguladas por el nuevo Código es la atipicidad de la medida, que puede ser elegida por el juez con amplia discrecionalidad, teniendo en cuenta el interés de asegurar en carácter provisional los efectos de la sucesiva sentencia del fondo.³² En el pasado, al contrario, la única medida cautelar que el juez administrativo podía adoptar era la suspensión de la ejecutividad del acto impugnado. La formulación original del artículo 21 de la ley núm. 1034/1971 (como del artículo 39 del T.U. núm. 1054/1924) contemplaba sólo la medida de la suspensión del acto impugnado como instrumento capaz de asegurar interinamente los efectos de la decisión de fondo.

La configuración tradicional de la tutela cautelar como medida que impidió la generación de los efectos del acto impugnado o inhibió a la administración de darle ejecución material, era sin embargo inadecuada para asegurar la tutela en aquellos juicios que se referían a medidas sobre actos negativos o al *silencio* de la administración.

La pobreza de la justicia administrativa en materia cautelar ya era advertida en la jurisprudencia, que ha contribuido, con sus resoluciones, a *enriquecer* de instrumentos a la

³² Cfr. A. Travi, "Tutela cautelare", cit.; G. Castriota Scanderbeg, "La pronuncia cautelare e l'immediatezza della tutela di merito", ponencia pronunciada en Lecce el 12 de noviembre de 2010, en ocasión del Congreso sobre "Il codice del processo amministrativo", en www.giustizia-amministrativa.it.

tutela cautelar,³³ así como la doctrina, que deseaba que el proceso administrativo viviera dotado de todos los instrumentos idóneos para mantener intactas, durante el curso del proceso, las posibilidades de satisfacción de interés hecho valer. Así, el Artículo 3 de la ley 205/2000, reformulando el Artículo 21 de la ley 1034/1971, previó que el juez administrativo podía adoptar las medidas cautelares, comprendida el mandato judicial para pagar una suma de dinero, que parecieran según la circunstancia más idóneas para asegurar interinamente los efectos de la decisión sobre el recurso. Esta disposición ha consagrado así el principio de atipicidad y elasticidad de las técnicas de tutela cautelar en el proceso administrativo. Esta decisión fue, por tanto, confirmada posteriormente por el actual Artículo 55 CPA, así que hoy el poder cautelar del juez administrativo no se resuelve en una única media típica (la suspensión del acto) sino puede expresarse con medidas atípicas moldeadas al caso concreto, es decir, con cualquier medida "*idónea para asegurar interinamente los efectos de la decisión del recurso*".

Las medidas cautelares pueden así asumir una gama amplia de contenido, como la admisión con reserva en procedimientos concursales; la asignación en vía interina de los beneficios propios de una medida positiva, la orden a la administración de pagar una suma de dinero, etcétera. Por otra parte, el poder cautelar del juez se enfrenta con límites señalados por la doctrina, aunque no siempre

³³ Con referencia a la jurisprudencia administrativa v. Cons. St., Ad. Plen. n. 17 del 1982, en favor de la posibilidad de suspensión de los actos negativos. También la Corte Constitucional contribuyó al superación de la "pobreza" de las medidas cautelares con su sentencia núm. 190 del 28 de junio de 1985, con la que se ha ampliado el poder del juez administrativo de adoptar los instrumentos más adecuados para garantizar en vía interina los efectos de la decisión del fondo. V. también la jurisprudencia de la Corte de Justicia de la Unión Europea, en part. *cf.* CGCE "*Factortame*" del 19 de junio de 1990 en la causa C-213/89 y "*Atlanta*" del 9 de noviembre de 1995 en la causa C-465/93.

compartidos por la jurisprudencia. En primer lugar, una medida cautelar no puede determinar, ni siquiera en vía de hecho, la definición del juicio. En segundo lugar, el juez administrativo encuentra el límite de la discrecionalidad administrativa, haciéndosele inaccesible (aunque sea en forma interina) el determinar el aspecto de los intereses que la ley encomiende a la discrecionalidad administrativa.

3.2.1. El procedimiento cautelar general (artículo 55 del CPA). La decisión del fondo dentro de un plazo breve (así llamado *merito a breve*) como forma ordinaria de tutela

En el procedimiento cautelar general previsto en el Artículo 55 del Código, la solicitud cautelar puede ser promovida conjuntamente con el recurso y notificada conjuntamente con él. El tratamiento de la solicitud cautelar se fija en la primera sesión del Consejo a puerta cerrada, posterior al término de 20 días desde el perfeccionamiento de la última de las notificaciones y, en cualquier caso, posterior al término de diez días de la presentación del recurso. El tratamiento de la solicitud cautelar, como se ha dicho, está subordinada a la presentación de la solicitud de discusión de la causa de fondo, con el objetivo de asegurar en el proceso plazos ciertos, evitando dilaciones inútiles. Se permite la presentación de escritos y documentos hasta dos días antes de la sesión del Consejo y, en caso de necesidad y urgencia, incluso a la fecha de la audiencia. El órgano colegiado asegura, a instancia de parte, la integridad del procedimiento contradictorio y la exhaustividad de la instrucción y los defensores que lo soliciten pueden ser oídos en las sesiones.

De gran importancia es el párrafo 10 del Artículo 55, el cual previendo que, siempre que la instancia cautelar sea apreciada favorablemente y protegible adecuadamente con la inmediata definición del juicio, el órgano colegiado pueda determinarse por la rápida fijación de la audiencia para el fondo, configurando así un procedimiento llamado *decisión del fondo dentro de un plazo breve (merito a breve)* como forma principal y ordinaria de cautela.³⁴ El legislador, en otros términos, consideró que, mediante estos supuestos, un mecanismo destinado a “*acelerar*” la decisión de fondo, en plazos breves, sería más útil respecto a la concesión de una medida cautelar que garantizaría, sin embargo, un aspecto provisional.³⁵

Con el auto de admisión de la solicitud cautelar, el órgano colegiado debe fijar la fecha de la audiencia de fondo; o en su defecto, el auto será apelable y, sobre ese punto, reformable por el Consejo de Estado que va a ordenar la fijación con prioridad. La regla de la necesaria fijación de la audiencia de fondo ha permitido una solución al problema de la posibilidad del juez de la medida cautelar, para plantear una cuestión de constitucionalidad ante la Corte Constitucional, en el caso en que se encuentre en deber de aplicar una ley de cuya constitucionalidad dude. Esta posibilidad en el pasado estaba excluida, porque con la concesión de la medida cautelar, el juez había agotado su poder; hoy, la previsión de la estrecha instrumentalidad entre la medida cautelar y el fondo determina una *continuidad* entre el procedimiento cautelar y el juicio de fondo; lo que ha inducido a reconocer la posibilidad también para el juez de

³⁴ Sobre este argumento v. A. Falzone, *Il rapporto tra cautela e merito*, en F. Freni (bajo la dirección de) *La tutela cautelare e sommaria nel nuovo processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 133.

³⁵ V. E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 861.

la providencia cautelar de dirigirse directamente a la Corte Constitucional.³⁶

Finalmente, el Código prevé que al final de la sesión a puerta cerrada el órgano colegiado deberá pronunciarse sobre los gastos de la fase cautelar (Artículo 57. CPA). Tal previsión se dirige evidentemente a evitar el riesgo de peticiones cautelares *falsas*. Y también puede ocurrir que, en el proceso cautelar, se detone un procedimiento especial acelerado: al existir ciertos supuestos y siempre que la materia esté *madura* para la decisión, en ese tenor, es posible la *decisión inmediata del juicio de fondo en sede del examen de la demanda cautelar*, con una sentencia en forma simplificada (Artículo 60).

3.2.2. El procedimiento cautelar monocrático en casos de extrema gravedad y urgencia (Artículo 56 CPA)

El Artículo 56 del CPA regula el *proceso cautelar monocrático* en caso de extrema *gravedad y urgencia* que no permita esperar hasta la fecha de la primera sesión del Consejo prevista en la tramitación colegiada de la demanda cautelar; el supuesto del procedimiento cautelar monocrático es, por tanto, un *periculum reforzado*. En tales casos, el recurrente puede pedir al Presidente del Tribunal que disponga de “*medidas cautelares provisionales*” (hasta la decisión de la sesión a puerta cerrada. El Presidente no podrá pronunciarse sobre la instancia cautelar sino después de haber verificado antes la existencia de su propia competencia para decidir sobre la petición, que, como se ha dicho (v. *supra*), consti-

³⁶ V. Corte cost., sentencia núm. 200 del 2014, en www.giurcost.org. Sobre este tema, me permito renviar a L. Azzena, *Tutela cautelare dei diritti e incidente di costituzionalità: una vecchia questione verso una (parziale) soluzione*, en A.A.V.V., *Scritti in onore di G. Silvestri*, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 91-ss.

tuye el presupuesto para la tutela cautelar; luego el perfeccionamiento de la notificación respecto a los destinatarios o al menos a la autoridad demandada y una de las otras partes en el procedimiento titular de un interés opuesto.

El procedimiento contradictorio, dado el carácter de urgencia de la tutela que limita los tiempos con el objetivo de evitar retardos dañosos, se lleva a cabo en forma limitativa; pero en cualquier caso, el decreto del Presidente no puede ser pronunciado si la notificación del recurso no está perfeccionada (con respecto, como se ha dicho, a la administración demandada y de al menos una contraparte) a menos que la exigencia cautelar no permita la comprobación del perfeccionamiento de la notificación, por causas no imputables al recurrente. Los sujetos que a los que se haya notificado la orden cautelar pueden por tanto ser oídos por el Presidente *fuera de la audiencia y sin formalidad... también en forma separada*, antes de la emisión del decreto. El juez deberá, además, verificar que la demanda cautelar sea acompañada de la presentación de la petición de fijación de audiencia del fondo, a cuya falta será improcedente, en honor a aquel principio de vinculación de la tutela cautelar respecto a la decisión de fondo, que, como se ha señalado más de una vez, constituye el principio básico de la entera regulación del Código.

Finalmente, el Código prevé que, con el decreto que concede la tutela cautelar urgente, deberá necesariamente ser fijada la fecha de la sesión a puerta cerrada, en la cual el órgano colegiado podrá confirmar la medida cautelar concedida en la vía provisional; en caso contrario, ésta perderá su eficacia.

3.2.3. La tutela cautelar antes de juicio en casos de excepcional gravedad y urgencia (artículo 61 CPA)

El Artículo 61 del CPA introduce, como se había dicho anteriormente, la tutela cautelar *ante causam*, para aquellas situaciones de *gravedad excepcional y urgencia*, tales que *no permitan ni siquiera la previa notificación del recurso y la demanda de medidas cautelares provisionales por decreto del Presidente*. El presupuesto es, por tanto, un *periculum* aún más reforzado respecto a aquel previsto en el Artículo 56 del CPA (v. apartado precedente). De este modo, el recurrente *podrá formular petición para la adopción de las medidas interinas y provisionales que parecen indispensables durante el tiempo necesario para la interposición del recurso de fondo y de la demanda cautelar durante el procedimiento*. Con anterioridad, la tutela cautelar *ante causam* era una medida exclusiva de la materia de los contratos públicos (Artículo 254 del decreto legislativo 163/2006), impuesta, en un primero momento, por la Corte de justicia europea (*DAC SpA/Azienda Ospedaliera Spedali Civili di Brescia*, ord. 29 de abril de 2004, en cuestión C-202/03),³⁷ y sucesivamente transformada por la Directiva europea 2007/66/CE en una obligación para los países miembros de prever instrumentos capaces de asegurar interinamente la cautela procesal, también antes de la interposición del

³⁷ Cfr. M. A. "Sandulli, *Diritto europeo e processo amministrativo*", en www.federalismi.it, 24 octubre 2007, pp. 6-ss.; P. Lazzara, "Tutela cautelare e misure d'urgenza nella giurisprudenza della Corte di Giustizia", en "Dir. proc. amm.", 2004, p. 1169; M.P. Chiti, "La tutela cautelare ante causam e la progressiva comunitarizzazione del processo amministrativo", en M. A. Sandulli (bajo la dirección de) "Le nuove frontiere della giustizia amministrativa tra tutela cautelare ante causam e confini della giurisdizione esclusiva", suplemento a "Foro amm". TAR, 2004, 57; D. De Carolis, "Corte di Giustizia CE, tutela ante causam e strumentalità delle misure cautelari nel processo amministrativo", en www.lexitalia.it, n.7-8, 2004.

recurso.³⁸ El legislador italiano ha proveído, por tanto, para extender la tutela cautelar *ante causam* a todas las materias.

Según lo que dispone el art. 61 CPA, la demanda cautelar *ante causam* debe promoverse con solicitud para el Presidente del Tribunal Administrativo Regional competente (en caso de comprobada la incompetencia, como se ha dicho, el Presidente no podrá pronunciarse) previamente notificada, también por fax, a la parte pública y al menos a una de las contrapartes titular de un interés opuesto. En los casos en que la exigencia cautelar sea tal que no permita, por causas no imputables al recurrente, la comprobación del perfeccionamiento de la notificación, el Presidente podrá sin embargo, proveer. El Presidente decidirá sobre la petición con una medida cautelar necesariamente provisional.

La medida cautelar de hecho está destinada a perder eficacia:

1. Si la medida concedida no se ha notificado dentro del término fijado por el juez o, en su defecto, a más tardar dentro de cinco días;
2. Si el recurso de fondo no ha sido notificado en los siguientes quince días a la adopción de la medida interina y si no se ha propuesto con la petición de fijación de la audiencia en los cinco días posteriores;
3. En cualquier caso si, en el plazo de 60 días, la citada medida no está confirmada por el órgano colegiado en la sesión a puerta cerrada fijada para tal finalidad en el ámbito del procedimiento de fondo.

³⁸ V. G. Castriota Scanderbeg, "La pronuncia cautelare e l'immediatezza della tutela di merito", ponencia pronunciada en Lecce el 12 de noviembre de 2010, en ocasión del Congreso sobre "Il codice del processo amministrativo", en www.giustizia-amministrativa.it.

Este instrumento, en definitiva, no se diferencia mucho, en términos de efectividad, respecto a aquel previsto en el Artículo 56. La diferencia principal está en el hecho de que en el primero, el solicitante está exento de preparar y depositar el recurso, que sin embargo es necesario en la segunda hipótesis. En última instancia, en realidad es "*poca cosa*" si se considera que, en todos los casos, la demanda cautelar es instrumental a la decisión del fondo del asunto, y que sin embargo la predisposición de la demanda implica haber ya esbozado (por no decir redactado integralmente) el recurso.³⁹

3.3. Sobre la impugnabilidad de las medidas cautelares

Las medidas cautelares son impugnables: en contra de ellas es admisible la apelación ante el Consejo de Estado, misma que se debe de interponer en el plazo de treinta días de la notificación del auto, o de sesenta días de su publicación (Artículo 62, ap. 1, CPA). La excepción a esta regla es el decreto monocrático y aquél relativo a la tutela *ante causam*, que, por el contrario, no son impugnables. Evidentemente, la limitación de los medios de impugnación de las medidas adoptadas *ante causam* se justifica si se considera su estructural limitación temporal.

3.4. Reflexiones sobre la nueva disciplina del acceso a la tutela cautelar en el proceso administrativo

En conclusión, se puede considerar que la evolución jurisprudencial y normativa del derecho administrativo sustancial y procesal ha dado lugar a la superación de esa

³⁹ A. Pavan, "La tutela cautelare nel nuovo codice del processo amministrativo", Milano, Giuffrè, pp. 2010, 202-203.

situación de privilegio para la administración pública, y por lo tanto, de la desigualdad entre las partes, lo cual, es particularmente evidente en el ámbito del procedimiento, que en el pasado había obstaculizado el establecimiento de una tutela cautelar contra los actos administrativos. Hoy se puede reconocer que el nuevo CPA ha introducido una tutela efectiva, garantizando plenamente el acceso a la tutela cautelar en contra de los actos de la administración pública.

BIBLIOGRAFÍA

Sobre la génesis del sistema italiano de justicia administrativa:

- F. BENVENUTI, *Giustizia amministrativa*, en Enc. de derecho, XIX, Milano, Giuffré, 1970, 589 ss.
 M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, Il Mulino, VI ed., 2002 (1976)
 P. VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della p.a.*, Milano, Giuffré, IV ed., 2003 (1971).

Sobre la tutela cautelar en el proceso administrativo (en el pasado):

- E. CANNADA BARTOLI, *Sospensione dell'efficacia dell'atto amministrativo*, en *Novissimo Digesto italiano*, Apéndice, VII, Torino, 1987, 459.
 G. CORSO, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, en *Foro amm.*, 1987, 1655
 E. FOLLIERI, *Giudizio cautelare e interessi tutelati*, Milano, Giuffré, 1981.
 U. POTOTSHING, *La tutela cautelare*, en *Processo amministrativo: quadro problematico e linee di evoluzione*, Atti del XXXI Convegno

di studi di scienza dell'amministrazione, Milano, Giuffré, 1988, 195 ss.

Sobre la tutela cautelar en el código del proceso administrativo (actualidad):

- M. ALLENA, F. Fracchia, *Il ruolo e il significato della tutela cautelare nel quadro del nuovo processo amministrativo delineato dal d.lgs. 1045/2010*, en *Dir. proc. Amm.* 2011, 191.
 M. ANNONI, *Il riordino della fase cautelare*, en *www.giustamm.it*, 2010.
 F. APERIO BELLA, *Il procedimento cautelare*, in M.A. Sandulli (a cargo de), "Il nuovo processo amministrativo. Studi e contributi", vol. 2, 2013, Milano, Giuffré, 153 ss.
 G.L. CONTI, "Si possono ancora chiamare sospensive? Alcune questioni sulla novella della tutela cautelare nel codice della giustizia amministrativa", en E. Catelani, A. Fioritto, A. Massera (a cura di), *La riforma del processo amministrativo. La fine dell'ingiustizia amministrativa?*, Napoli, Editoriale scientifica, 2011, 115 ss.
 E. FOLLIERI, *La fase cautelare*, in F.G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, VI ed., Torino, Giappichelli, 2014, 342 ss.
 F. FRENI (a cargo de), *La tutela cautelare e sommaria nel nuovo processo amministrativo*, Milano, Giuffré, 2011.
 R. LEONARDI, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, Milano, 2011.
 M.V. LUMETTI, *Processo amministrativo e tutela cautelare*, Padova, Cedam, 2012.
 A. PAJNO, *La giustizia amministrativa all'appuntamento con la codificazione*, en *Dir. proc. amm.*, 2010, 119.
 M. A. SANDULLI, *La fase cautelare*, en *Dir. proc. amm.*, 2010, 1130.
 ———, *Procedimento cautelare*, en A. Quaranta, V. Lopilato (a cargo de), *Il processo amministrativo*, Milano, Giuffré, 2011, 483 ss.