

## La teoría de las apariencias en el derecho administrativo

The appearance theory in administrative law

Guillermo CAMBERO QUEZADA\*

**RESUMEN:** Existe una ausencia profunda en el análisis doctrinal de la teoría de las apariencias. Ningún estudio específico (libro, artículo sustancial o tesis doctoral) ha sido consagrado a las “apariencias” en el derecho administrativo o a la jurisprudencia en la materia de los derechos humanos (por lo menos en español). Más sorprendente todavía, el hecho de que no existen trabajos de juristas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con su jurisprudencia y las apariencias, y las obras universitarias de referencia no establecen desarrollos profundos del tema. Por lo tanto, el “misterio de las apariencias” requiere un análisis, ya que su implementación y desarrollo ha tenido una función eminentemente protectora. La presente contribución analiza los conceptos fundamentales de la teoría de las apariencias, con la finalidad de apreciar el lugar que ocupa y el papel que desempeña en la tutela de los derechos del gobernado.

---

\* Doctor en derecho por la Universidad de Nantes, Francia. Profesor-investigador, miembro del SNI. Contacto: <gcambero@yahoo.com>. Fecha de recepción: 04/05/2018. Fecha de aprobación: 13/08/2018.

**PALABRAS CLAVE:** Teoría de las apariencias; protección de derechos de los particulares; Tribunal Europeo de Derechos Humanos; jurisprudencia; responsabilidad patrimonial de Estado.

**ABSTRACT:** There is a profound lack of doctrinal analysis on apparent theory. No specific study (substantial article or thesis) has been dedicated to the “appearance” in administrative law or jurisprudence in the field of human rights (at least in Spanish). Even more surprising, there are no works of jurists of the European Court of Human Rights in relation to their jurisprudence and the appearance. The university works of reference in the matter do not establish deep developments of the subject. Therefore, the “mystery of appearances” requires an analysis, since its implementation and development has had a protective function. This contribution analyzes the fundamental concepts of the theory of appearances and the role it plays in the protection of the governed.

**KEYWORDS:** Theory of appearances; American Convention on Human Rights; European Convention on Human Rights; European Court of Human Rights; Protection of Human Rights; State’s patrimonial responsibility.

## I. INTRODUCCIÓN<sup>1</sup>

El juego de la “apariencia”<sup>2</sup> resulta del fenómeno de validación de un acto susceptible a ser inválido por vía de asimilación, con un acto jurídico regular. Esta validación es posible por el efecto de un primer mecanismo de inhibición de reglas que prevén la nulidad del acto inválido (principio de legalidad, reglas sobre jurisdicción, vicios de procedimiento, etcétera) y de un segundo mecanismo que tiene como objeto sustituir por un acto válido aquel acto jurídico viciado de nulidad. Así, la apariencia restaura o proporciona “vida” a una realidad legal desprovista de sus elementos de validez; el acto legal inválido es transmutado y sufre una alteración. La implementación de la apariencia provoca “una alteración de la percepción del acto, con la intención de obtener un resultado de derecho”<sup>3</sup> en la nueva ficción legal que se ha creado. Para lo cual el juez administrativo debe sancionar, por medio de un mecanismo de responsabilidad, las actitudes e iniciativas de la administración generadoras de una apariencia, la cual es engañosa o fraudulenta, en vista, de la legalidad de un comportamiento o promesa, o del carácter prudente de la información administrativa proporcionada por la autoridad.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Para el presente trabajo se utilizarán las siguientes abreviaturas: CADH: Convención Americana sobre Derechos Humanos; CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos; CIDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos; TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos; AJDA: Actualité Juridique Droit Administratif; RTDH: Revista trimestral de Derechos Humanos (Francia); RFDA: Revista Francesa de Administración Pública.

<sup>2</sup> CHABANOL, Daniel, *Théorie de l'apparence ou apparence de théorie*, AJDA, 2002, p. 9.

<sup>3</sup> De acuerdo al Decano CORNU, Gérard, “*la mera apariencia es suficiente para producir efectos con respecto a terceros que, como resultado de un error legítimo, han ignorado la realidad*”, *Vocabulaire juridique*, PUF, 8e éd., 2000.

<sup>4</sup> En particular ver PONTIER, Jean Marie “*Les instruments prévisionnels non décisionnels de l'action administrative*”, *Dalloz*, 1997 p. 37.

La apariencia, como ocurre en el derecho administrativo, demuestra ser un concepto coherente, de uso frecuente pero desconocido, y en muchos aspectos juega un papel fundamental en el orden jurídico. A pesar de que la noción de la apariencia está experimentando cambios profundos, podemos constatar una aversión de la doctrina en el estudio de esta noción. En un primer enfoque se destaca la gran relevancia de la “teoría de las apariencias” que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha desarrollado y que ha marcado profundamente las instituciones jurídicas de países europeos<sup>5</sup>. En nuestro sistema jurídico nacional también encontramos fuentes legales de aplicación de las apariencias. En ese sentido, la teoría de las apariencias aplicada al derecho administrativo, tiene por objeto brindar seguridad a las relaciones jurídicas entre el administrado y la administración pública (Sección I); este principio ha tenido su desarrollo y aplicación en los países pertenecientes al sistema europeo de protección de derechos humanos, los cuales se han visto obligados a adecuar sus sistemas legales con base en la aplicación de la teoría de la apariencia, sobre todo en sus jurisdicciones administrativas, como lo ha sido el caso de Francia, teniendo como consecuencia la reparación del daño derivados de esos actos “aparentes”(Sección II). Ante dicho panorama, y en el contexto americano, en particular en México, el principio aún no se ha desarrollado en nuestro sistema jurídico y su análisis es necesario para el reforzamiento de nuestra incipiente democracia y la seguridad jurídica de los gobernados.

## II. PLANTEAMIENTO TEÓRICO DE LAS APARIENCIAS

La teoría de las apariencias genera un problema de definición, ya que existe a la par del desarrollo del concepto dentro del con-

---

<sup>5</sup> Cfr. FRICERO, Natalie, *Droit européen des droits de l’homme*, Mémentos LMD, Gualino editor, 2007.

texto de los derechos humanos; la definición de las apariencias en el derecho administrativo<sup>6</sup>. La aplicación de la teoría en una u otra rama puede generar un problema de aproximación, lo que conllevaría a un mal entendimiento de la misma. Por lo que analizaremos primero su desarrollo dentro del marco del derecho administrativo (A) y después estudiaremos el marco general de las apariencias dentro del contexto de los derechos humanos (B).

#### A) LA APARIENCIA DEL ACTO Y EL JUEZ ADMINISTRATIVO

La apariencia del acto administrativo se traduce en los elementos y requisitos emanados del mismo, que van a presentar una “visibilidad particular” de la cual existen consecuencias jurídicas. La visibilidad y la externalización del acto administrativo pueden residir principalmente en una dimensión material del acto<sup>7</sup>. La visibilidad se refiere, ante todo, a la obligación de proceder con medidas de publicidad a la que los actos administrativos están sujetos para su entrada en vigor, es decir, deben de cumplir con el conjunto de hechos que tienen por objeto poner al conocimiento del administrado el nuevo texto, y el cual se aplica a todos los actos ejecutivos de la administración<sup>8</sup>.

La visibilidad del acto, teniendo en cuenta su dimensión material, puede también residir en su instrumentación, que se refiere a la forma por la cual el acto en sí mismo, reflejará el respeto de ciertas prescripciones e incluirá los signos externos de este respeto de legalidad, como son las formalidades. También debe tenerse

---

<sup>6</sup> Ver SUDRE, Frédéric, “Vers la normalisation des relations entre le Conseil d’État et la Cour européenne des droits de l’homme. Le décret du 19 décembre 2005 modifiant la partie réglementaire du code de justice administrative”, *Revue Française de Droit Administratif (RFDA)*, 2006-2, p. 286.

<sup>7</sup> RIVERO, Jean y WALINE, Jean, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 2000, p. 86.

<sup>8</sup> TOURET, Denis, *Droit public administratif, Institutions administratives et juridictionnelles*, Paris, Les Cours de droit, 1995, p. 106.

en cuenta la obligación de mencionar, en ciertos actos, las vías y los plazos para presentar un recurso. Esta es una regla de forma específica que pretende externalizar las reglas de procedimiento aplicables al acto.

Por su parte, la externalización puede tener como objeto la voluntad del autor del acto administrativo. En este sentido, se vincula la adhesión a la realidad jurídica del acto administrativo, es decir, la externalización de la voluntad de su autor: la voluntad, una vez emitida, adquiere valor objetivo propio y tiende a producir consecuencias sociales por sí mismo<sup>9</sup>.

Así, no parece existir dificultad alguna para determinar la apariencia de los actos antes descritos, que pueden tomar la forma de regulaciones, decisiones individuales e incluso decisiones de tipo clásico de la administración pública, que sin duda son incuestionablemente normativas<sup>10</sup>. Tanto la apariencia como la realidad coinciden. El juez toma conocimientos de estos y los vincula directamente como acciones posiblemente sujetas a un juicio contencioso administrativo<sup>11</sup>.

La cuestión más delicada para la teoría de la apariencia, son los actos internos de la administración pública, a saber, las directivas, las circulares y las medidas internas que adopta la propia administración. De hecho, al ser el juez, competente con respecto a las decisiones administrativas clásicas (incluyendo a los actos normativos), podemos afirmar que aquellos actos que no son normativos, en principio, podría (por lo menos en su forma exterior) no estar sujeto a recurso o litigio alguno, a pesar de la apariencia<sup>12</sup> con el cual fue emitido ese acto interno.

---

<sup>9</sup> RICCI, Jean-Claude, *Droit administratif*, 3e éd., Hachette, «Les Fondamentaux», 2002, p. 183.

<sup>10</sup> CROUZATIER-DURAND, Florence, *La fin de l'acte administratif unilatéral*, Paris, Coll. Logiques Juridiques, Ed. L'Harmattan, 2003, p. 110.

<sup>11</sup> CHAPUS, René, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 2006, p. 325.

<sup>12</sup> LOMBARD, Martine, *et al.*, *Droit Administratif*, 11 ed., Dalloz, 2015, p. 264.

Por lo tanto, la apariencia tiene un papel y una influencia en el análisis que hace el juez cuando debe decidir sobre la recepción, una demanda de nulidad de un acto administrativo. En efecto, la apariencia es el primer elemento que el juez administrativo percibe para tal efecto<sup>13</sup>. Le permite determinar a priori, si puede o no conocer la disputa. La forma en que el juez analiza la apariencia del acto es esencial; el aspecto externo del acto es susceptible de interpretación, ya que el juez evaluará subjetivamente la apariencia del acto, dependiendo de las circunstancias, de acuerdo con su voluntad o su falta de voluntad para crear efectos jurídicos. Se centrará en una apariencia que pueda justificar su posición en cuanto a la admisibilidad de la demanda<sup>14</sup>.

Si el acto es normativo, el juez no tendrá mayor problema en determinar que la medida es susceptible de ser admitida en su jurisdicción<sup>15</sup>. Sin embargo, el juez administrativo no necesariamente busca una apariencia normativa. Es suficiente para él decidir que el acto afecta negativamente al particular. Por lo tanto, intentará, desde la apariencia, mostrar que se cumple dicho supuesto. De hecho, no hay una coincidencia absoluta entre normatividad y el acto que causa agravio. En ese sentido, un acto normativo, en la medida en que afecta el orden legal, crea un derecho, y puede generar un perjuicio; sin embargo, un acto puede causar agravio sin ser un acto normativo. Lo anterior proporciona al juez un margen considerable para detectar, desde su apariencia, un acto susceptible de ser sometido a su jurisdicción administrativa, además, bajo el análisis de la apariencia de un acto, el juez también busca, en la mayoría de las ocasiones, la intención del autor del acto<sup>16</sup>.

En relación con lo anterior, en nuestro país, se tiene un precedente de la aplicación de la teoría de las apariencias en el derecho

---

<sup>13</sup> Cfr. Jeanne LEMASURIER, *Le contentieux administratif en droit comparé*, Paris, Economica, 2001, p. 89.

<sup>14</sup> Jeanne LEMASURIER, *op. cit.*, p. 98.

<sup>15</sup> AGÜERO AGUIRRE, Saturnino, « Le contentieux administratif au Mexique », *EDCE 1980-1981*, Conseil d'État, 1981, p. 322.

<sup>16</sup> Ver al respecto a AUBY, Jean-Marie, « La théorie de l'inexistence des actes administratifs », *thèse de doctorat*, 1948, Droit, Paris, p. 89.

administrativo, ya que en tesis aislada los Tribunales Colegiados de Circuito, han establecido lo siguiente:

CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS. LA FORMA DE ACTUALIZARLOS AL CASO CONCRETO EXIGE UN PROCESO ARGUMENTATIVO QUE DEBE REDUCIR LA DISCRECIONALIDAD Y LAS APRECIACIONES SUBJETIVAS, ELIMINANDO LA ARBITRARIEDAD. Definir un concepto jurídico indeterminado puede ser complejo y requerir de una especial valoración, [...]. Frente a tal caso es menester acudir a valores, principios e intereses que resulten compatibles con el fin de los actos administrativos para esclarecer el contenido y alcance de dichos conceptos. Por tanto, la subsunción puede ser discutible y opinable e implica estar en zonas de incertidumbre decisoria o probabilidad que necesariamente conducen a una discrecionalidad cognitiva o de juicio. Sin embargo, tener que sortear tales imprecisiones y vaguedad en la apreciación intelectual y cognoscitiva no es en realidad un caso de discrecionalidad ni de apreciaciones subjetivas. [...] La autoridad debe encontrar una solución o respuesta en el caso concreto. [...] conviene distinguir que los conceptos jurídicos indeterminados pueden ser: a) Conceptos de experiencia que consisten en apreciar hechos; la competencia del Juez es ilimitada y b) Conceptos de valor donde además de apreciar los hechos, se implican juicios de valor que pueden ser técnicos, por ejemplo, impacto ambiental, interés público, utilidad pública. Ello exige un proceso argumentativo en el que entran en juego valoraciones político-morales vigentes en el medio social pues sólo así es posible adscribir un significado a los conceptos indeterminados frente a la situación prevaleciente, de suerte que la autoridad debe motivar cómo es que valoró y connotó, hecho y derecho, ya que a pesar de las apariencias se trata de un esquema condicional en el que se debe aplicar la regla a través de la subsunción y asignación de las consecuencias que el fin de la norma exige atender -intención y propósito del sistema

normativo-. Así pues, [...] reduce la discrecionalidad administrativa, eliminando la arbitrariedad de todo aquello que deba ser juzgado en términos de legalidad o justicia, pues la interpretación del concepto no necesariamente deriva del texto de la disposición que lo establece, sino del sentido contextual del ordenamiento.<sup>17</sup>

La teoría de la apariencia no se limita únicamente al control de los actos administrativos por parte del juez, sino que también existe un desarrollo desde el contexto internacional de los derechos humanos.

## B) LA TEORÍA DE LAS APARIENCIAS Y LOS DERECHOS HUMANOS

La teoría de las apariencias, desde la perspectiva de los derechos humanos, fue formulada por la jurisprudencia<sup>18</sup> del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)<sup>19</sup> con el siguiente enunciado: “It is not merely of some importance but it is fundamental importance that justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done” lo cual se traduce en que “no es solo de alguna importancia, sino de fundamental importancia que la justicia no únicamente se brinde formalmente, sino de manera imperativa para evitar la existencia de cualquier duda”. El aforismo fue acuñado originariamente en Inglaterra desde 1924 en el caso *R vs Sussex*<sup>20</sup>, en el cual un motociclista llamado

---

<sup>17</sup> Época: Novena Época, Registro: 177342, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXII, septiembre de 2005, Materia Común, Tesis: I.4o.A.59 K, p. 1431.

<sup>18</sup> Ver el repertorio jurisprudencial: FRÉDÉRIC SUDRE, Jean-Pierre, *et. al.*, *Les Grands arrêts de la Cour européenne des droits de de l’Homme*, Paris, Presses universitaires de France, colección «Thémis», 2011.

<sup>19</sup> BERGER, Vincent, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’Homme*, 13<sup>a</sup> ed., Paris, Éditions Sirey, 2014.

<sup>20</sup> Cámara de los Lores, 1924, *R. c/Sussex Justices*, ex p. Mc Carthy (párrafo 31).

Mc Carthy fue procesado por un accidente. El secretario del tribunal resultó ser miembro del bufete de abogados que había demandado al acusado. Los jueces condenaron a Mc Carthy quien, al enterarse de las vinculaciones del secretario, pidió que se anulara el fallo. Los magistrados debieron jurar que habían adoptado su decisión sin haber consultado ni haber sido influenciados por el secretario<sup>21</sup>. A raíz de ese caso, se inició un perfeccionamiento de la teoría de las apariencias en Europa, y hoy en día ha quedado claro que las decisiones de los tribunales, por lo menos de los países pertenecientes al Consejo de Europa<sup>22</sup>, no solo deben ser justas sino también parecerlas.

En virtud de este principio, se permite revisar todo juicio del que se pueda legítimamente temer una falta de parcialidad. De hecho, se apeló a la teoría de la apariencia en el juicio contra Pinochet que tuvo lugar en Reino Unido cuando el Parlamento británico se desdijo de su intención inicial de procesar al dictador chileno por el conflicto de intereses de Lord Hoffmann<sup>23</sup>. Además, el Tribunal Constitucional Español estableció en relación con la teoría de las apariencias que:

Ha de recordarse que, aun cuando en este ámbito las apariencias son muy importantes, porque lo que está en juego es la confianza que los Tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática, no basta con que tales dudas o sospechas sobre su imparcialidad surjan en la mente de quien recusa, sino que es preciso determinar caso a caso si las mismas alcanzan una

---

<sup>21</sup> OAKES, Anne Richardson y DAVIES, Haydn, “Justice must be seen to be done: A contextual reappraisal”, *Adelaide Law Review*, 2016, núm. 37, p. 461.

<sup>22</sup> Cfr: CAMBERO QUEZADA, Guillermo, “Sistemas regionales de protección internacional de derechos humanos: El caso de Francia y México”, *Revista Letras Jurídicas*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana, núm. 15, 2007, p. 106.

<sup>23</sup> En particular ver House of Lords, *Opinions of the lords of appeal for judgment in the cause in re Pinochet*,

Disponible en: <<https://publications.parliament.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990115/pino01.htm>> (23/04/2018).

consistencia tal que permitan afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas. [...] Un modelo de Juez rodeado de la apariencia de imparcialidad, no sólo en la realidad de su desconexión con las partes y con el objeto del proceso, sino también en su imagen, eliminando cualquier sombra al respecto cuando existan elementos objetivos que puedan justificar una apariencia de parcialidad.<sup>24</sup>.

El aporte del TEDH a la teoría de las apariencias, se relaciona también con la imparcialidad del juez. El artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos garantiza el derecho a un juicio justo, afirmando que: “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial”; una virtud inherente a la función del juez, la imparcialidad implica un concepto de difícil aproximación -ya que se trata de un derecho fundamental y sustancial- que toda persona tiene derecho a reclamar y, por consiguiente, se le pide naturalmente que esté garantizado por los poderes públicos constitucionales, administrativos y jurisdiccionales. Notablemente las sentencias Delcourt contra Bélgica del 17 de enero de 1970<sup>25</sup>, Borges contra Bélgica del 30 de octubre de 1991<sup>26</sup> y la sentencia Kress contra Francia del 7 de junio de 2001 el TEDH<sup>27</sup> desarrollan el concepto de teoría de las apariencias, sobre todo en este último caso se acuña este nombre para deliberar contra la jurisdicción administrativa francesa.

Por otro lado, la aplicación que el TEDH viene realizando de la teoría de las apariencias ha suscitado muchas dudas, fundamentalmente porque, ésta no es una teoría que cuente con una aceptación generalizada en todos los sistemas jurídicos del Consejo de Europa. La opción del Tribunal de aplicar los mismos principios abstractos a instituciones desarrolladas en países dis-

---

<sup>24</sup> Tribunal Constitucional de España (Pleno), Sentencia núm. 26/2007 del 5 de febrero sobre la recusación del Magistrado Pablo Pérez Tremps.

<sup>25</sup> Ver SUDRE, Frédéric, *et al.*, *op. cit.*, p. 128.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 323.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 249.

tintos, con concepciones jurídicas diversas, lleva consigo graves riesgos y dificultades. En particular, la aplicación de principios y de mecanismos jurídicos propios del derecho anglosajón al derecho continental europeo ha llevado a resultados peligrosos<sup>28</sup>, pues las reglas que en un sistema jurídico dan lugar a una buena administración de justicia no suelen encajar en otro sistema distinto, e intentar cambiar una pieza sin que falle todo el mecanismo en conjunto es muy difícil. Ésta tesis se ha materializado en el siguiente razonamiento en relación al TEDH y la condena a la jurisdicción administrativa francesa: “Aun admitiendo que la teoría de las apariencias pudiera encontrar algún crédito, ¿es necesario que en su nombre, una jurisdicción europea en un sistema basado en la subsidiariedad y el respeto a las jurisdicciones nacionales, venga a dañar a una institución que funcionaba desde hace más de un siglo y medio dentro de la satisfacción general, que desempeña un papel esencial dentro del Estado de Derecho, y que ha actuado considerablemente a favor de la justicia y de los derechos del hombre?”<sup>29</sup>

Por lo general, esta teoría ha sido apoyada en puntos subjetivos por parte del justiciable de alguna jurisdicción nacional en particular, ya que en ocasiones parten de una visión parcial e in-

---

<sup>28</sup> GANDREAU, Stéphanie «La théorie de l'apparence en droit administratif: vertus et risques de l'importation d'une tradition de Common law», *RDJ*, 2005, p. 347.

<sup>29</sup> TEDH, a propósito de la sentencia Kress contra Francia, 7 de junio 2001, han formulado voto particular parcialmente disidente los jueces WILDHABER, Costa, PASTOR RIDRUEJO, Kuris, BOTOCHAROVA y UGRCKHELIDZE, párrafo 9, además, la sentencia establece lo siguiente: “Muchos autores, e incluso eminentes jueces de este Tribunal, han escrito que la teoría de las apariencias, que por lo demás no es admitida en el mismo grado por el conjunto de las culturas jurídicas representadas en el Consejo de Europa, ha sido llevada demasiado lejos en el pasado, ya sea en relación con las Cortes de casación belga o francesa, ya con la Corte suprema de Portugal o la Corte de casación de los Países Bajos. No es lógico que la misma recurrente, que no pone en ningún momento en duda la imparcialidad subjetiva de un magistrado y su independencia (ver el párrafo 78 de la sentencia), pueda tener tendencia a «experimentar un sentimiento de desigualdad» (Ibidem, párrafo 81)”.

correcta de la función de alguna autoridad jurisdiccional. Sin embargo, se ha impuesto y los países que han sido condenados en nombre de la apariencia han tenido que armonizar sus jurisdicciones con las obligaciones impuestas por el TEDH.

Por otro lado, el sistema americano de protección de derechos humanos establece, así como su par europea, en el Artículo 8 de la Convención Americana sobre derechos humanos (CADH) lo siguiente: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial”. Desgraciadamente las sentencias pronunciadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) fundamentadas en el Artículo 8 de la CADH, no tienen como base la teoría de las apariencias sino la imparcialidad misma del juez (no está en duda una autoridad propia del sistema jurisdiccional, sino el juez mismo al emitir su sentencia)<sup>30</sup>. Lo anterior ha permitido que la doctrina jurisprudencial de los países latinoamericanos, se desarrolle en un sentido de reforzamiento de la justicia a partir de lo que la CIDH ha incorporado, fruto del aporte del TEDH y así como dotar de un efectivo contenido a la imparcialidad judicial<sup>31</sup>, toda vez que se considera un bien jurídico de la persona. Sin embargo constatamos que, muchos de los casos de impartición de justicia en los países parten del sistema interamericano; pueden ser susceptibles de un análisis por parte de la CIDH con base en la teoría pura y dura de las apariencias, con el objetivo de que la justicia sea: “manifestly and undoubtedly be seen to be done” (impartida de manera imperativa para evitar la existencia de cualquier duda). A continuación, analizaremos la aplicación de la teoría de las apariencias en el marco de las obligaciones de los derechos nacionales.

---

<sup>30</sup> Algunos casos relevantes son: CIDH, Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) vs. Chile, Sentencia de 29 de mayo de 2014; Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela, Sentencia de 5 de agosto de 2008.

<sup>31</sup> SUDRE, Frédéric, *Droit international et européen des droits de l’homme*, 3ª ed., PUF, núm. 170, 1997.

### III. LA TEORÍA DE LA APARIENCIA Y SU APLICACIÓN EN EL MARCO DE LOS DERECHOS NACIONALES

Afirmamos que la necesidad de mirar “más allá de las apariencias”, para comprobar si “ninguna realidad”, es contraria al derecho garantizado. En este caso el derecho a un juicio justo ha sido el fundamento principal al aplicar la teoría de las apariencias por parte de los organismos jurisdiccionales internacionales. Estudiamos la interacción que han tenido las jurisdicciones nacionales, en particular el juez administrativo francés<sup>32</sup> con la aplicación de la teoría de las apariencias (A). Mediante este precedente, analizaremos las posibilidades de aplicación en México y la reparación de los daños derivados de una apariencia (B).

#### A) LA TEORÍA DE LAS APARIENCIAS Y EL JUEZ ADMINISTRATIVO

El pronunciamiento más destacado en materia de las apariencias lo proporciona el derecho administrativo francés<sup>33</sup>, el cual ha sido marcado por el asunto Kress contra Francia, del 7 de junio de 2000, donde se planteaba la conformidad con el Artículo 6 del CEDH de las actuaciones del Comisario del Gobierno del Consejo de Estado francés (especie de Ministerio Público de la jurisdicción administrativa francesa)<sup>34</sup>, ya que se consideró que era juez y

---

<sup>32</sup> Cfr. CAMBERO QUEZADA, Guillermo, “Sistemas regionales de protección internacional de derechos humanos: el caso de Francia y México”, *Letras Jurídicas*, año 8, núm. 15, 2007, p. 73.

<sup>33</sup> Chabanol Daniel, «Théorie de l'apparence ou apparence de théorie? Humeurs autour de l'arrêt Kress», *AJDA*, 2002, p. 9.

<sup>34</sup> La jurisdicción administrativa francesa es competente para conocer de la actividad administrativa de las personas públicas francesas. Entendemos por personas públicas (o personas morales de derecho público) al Estado, las colectividades territoriales (especies de municipios), los establecimientos públicos y las agrupaciones de interés general. El Consejo de Estado se convierte en ocasiones juez de primera instancia. En ciertos casos, el asunto no pasa a través de un Tribunal Administrativo, sino que es dirigido directamente ante el Consejo

parte dentro del proceso administrativo, es decir, aparentemente, como el aliado objetivo de una de las partes. De hecho, esta jurisprudencia marca la naturaleza excesiva de las apariencias, ya que el propio Tribunal reconoció que, más allá de las apariencias que pueden sugerir que la desventaja en que se encuentra el justiciable frente a la justicia administrativa, y que el Comisario de Gobierno pudiera ser el aliado de una de las partes, esta institución presentó en el derecho administrativo francés en términos de realidad jurídica, todas las garantías sin dependencia e imparcialidad frente al juez.

Esta idea manifiesta particularmente la exigencia de imparcialidad de los jueces o magistrados desde su “aspecto interior” dentro del caso que tienen que juzgar (imparcialidad subjetiva), y se complementa con el requisito de que estén libres de cualquier elemento externo y “visible” (al igual que los actos administrativos) que podría generar dudas, con razón o sin ella, sobre su imparcialidad (imparcialidad objetiva).

El TEDH además encontró que un reclamante puede sentir una sensación de desigualdad si, después de escuchar las conclusiones del Comisario de una manera desfavorable a su caso al final de la audiencia pública, lo ve retirarse con los jueces de la formación del juicio para asistir a las deliberaciones en el secreto en una sala del Consejo de Estado, ya que al expresar públicamente el rechazo o la aceptación de los medios presentados por una de las partes, las partes pueden considerar legítimamente que el Comisario de gobierno toma la causa de una de ellas<sup>35</sup>. La situación aún no resulta de manera contundente por el TEDH, ya que desde el punto de vista de la jurisdicción francesa se debió hacer una dis-

---

de Estado. El circuito es particularmente corto, ya que éste es el juez de última instancia: juzga definitivamente una decisión que no es susceptible de recurso en segunda instancia o casación. ODENT, Bruno, TRUCHET, Didier, *La justice administrative*, Vendôme, PUF, 2004.

<sup>35</sup> Al respecto compararon SUDRE, Frédéric, «La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l’homme », in RUIZ-FABRI, H. y SOREL, J-M., (coords.), *La motivation des décisions des juridictions internationales*, Pedone, 2008, p. 171.

tinción entre la asistencia a las deliberaciones y la participación en las deliberaciones. Desde el punto de vista de Francia<sup>36</sup>, se considera que no existe violación del derecho a un juicio justo ya que su argumento fue que el Comisario del Gobierno, que era miembro de la formación del juicio, únicamente asiste, pero no participaba en las deliberaciones, por lo tanto no tomaba parte de este, y se encontraba en silencio<sup>37</sup>.

Apelando a la teoría de las apariencias, el TEDH llegó a la conclusión de que el Comisario de Gobierno francés podría representar, para el particular recurrente, un auténtico adversario en el contencioso administrativo. Así, el hecho de que el Comisario del Gobierno participará en las deliberaciones del Consejo de Estado, y que sus conclusiones no eran objeto de contestación en el curso del proceso, dificultaba su compatibilidad con el artículo 6 del CEDH. Por lo cual, el Tribunal Europeo condena a Francia por la violación al principio de la igualdad de armas por la participación y la presencia del Comisario de Gobierno en las deliberaciones del Consejo de Estado francés.

La igualdad de armas no aparece en la CEDH, sin embargo, el TEDH lo usa para expresar la exigencia en el proceso de equidad, independencia e imparcialidad, y también como un componente autónomo del juicio justo. Por lo que resulta, la distinción entre la igualdad de las armas y los principios cuyo respeto condiciona el debido proceso no siempre es fácil de distinguir. La igualdad de armas se considera un verdadero principio del derecho natural en el derecho procesal, debido al vínculo inseparable entre la igualdad, la justicia y el Estado de Derecho<sup>38</sup>. Además, el principio de

---

<sup>36</sup> Ver SUDRE, Frédéric, “Vers la normalisation des relations entre le Conseil d’Etat et la Cour européenne des droits de l’homme. Le décret du 19 décembre 2005 modifiant la partie réglementaire du code de justice administrative”, *RFDA*, 2006-2, p. 286.

<sup>37</sup> MARTENS, Paul, «La tyrannie de l’apparence», *obs. en TEDH*, 22 févr. 1996, *Bulut c/Autriche*, *RTDH* 1996, p. 627.

<sup>38</sup> Cfr. OPPETIT, Bruno, *Philosophie du droit*, Dalloz, 1999, p. 117.

contradicción<sup>39</sup>, es esencial en el razonamiento del TEDH y está estrechamente relacionado con la igualdad de armas, del cual se deduce que en un proceso justo los principios fundamentales de contradicción; los derechos de la defensa y el de exigencia de un debate justo (implica la igualdad de armas), reflejan la transición de la ley del más fuerte a la aplicación del justo derecho, fundamento esencial del Estado de Derecho<sup>40</sup>.

Aunado a lo anterior, el principio de imparcialidad, que se encuentra asociado con la teoría de las apariencias, forma parte de las reglas de procedimiento del contencioso administrativo y su aplicación es de orden público. La imparcialidad del juez se puede definir como la ausencia de prejuicios a favor o en contra de una parte. El principio tiene una dimensión subjetiva y genera el siguiente cuestionamiento: ¿el juez es imparcial? Esto se puede analizar de manera más objetiva desde la siguiente perspectiva: ¿el juez ofrece garantías suficientes para excluir cualquier sospecha legítima de parcialidad? Esta segunda dimensión está relacionada con la teoría de las apariencias.

Además, la igualdad de armas jurídicas se reafirma en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966<sup>41</sup>, su Artículo 14, el cual establece que: “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente”, por el cual el Comité de derechos humanos de la ONU ha establecido que, los criterios de apreciación de igualdad de armas, se establecen en función de circunstancias particulares del asunto y de la situación de hecho<sup>42</sup>.

---

<sup>39</sup> IDOUX, Pascale, “Vers un redéploiement de la contradiction en droit administratif français”, *AJDA*, 2009, p. 637.

<sup>40</sup> ABRAHAM, R., in PINGELI., y SUDRE F., (coords.), *Le ministère public et les exigences du procès équitable*, Bruylant-Némésis, coll. “Droit et justice”, 2003, núm. 44, pp. 223-224.

<sup>41</sup> México es parte desde el 23 de marzo de 1981.

<sup>42</sup> Ver en particular Comité de Derechos Humanos de la ONU, decisión Robinson contra Jamaica, del 30 de marzo de 1989.

La duda que se genera por lo antes expuesto, es saber cómo el gobernado mexicano puede aplicar la teoría de la apariencia para su protección dentro del derecho mexicano que analizaremos a continuación.

## B) EL COMBATE A LAS APARIENCIAS EN EL MARCO JURÍDICO NACIONAL

La apariencia dentro del marco jurídico antes analizado tiene por efecto, primero, tratándose de actos administrativos afectados de apariencia, buscar la nulidad del mismo y restablecimiento de las cosas al estado previo de la emisión del acto; tratándose de la parcialidad del juez en procesos jurisdiccionales afectados de apariencia, reponer las actuaciones o anular la sentencia. En todo caso, ya sea frente a la administración pública (la cual se combate ante el Tribunal Federal de Justicia Administrativa<sup>43</sup>) o el ente judicial del cual emana la apariencia (su cauce es diferente, se tendrán que agotar las vías internas en México, y en caso de que nuestros órganos nacionales no resuelvan a favor del particular, se tendrá que optar por la vía de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>44</sup>), y de no ser posible el restablecimiento de

---

<sup>43</sup> Artículo 3 de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa: “*El Tribunal conocerá de los juicios que se promuevan contra las resoluciones definitivas, actos administrativos y procedimientos que se indican a continuación: IX. Las que nieguen la indemnización por responsabilidad patrimonial del Estado, declaren improcedente su reclamación o cuando habiéndola otorgado no satisfaga al reclamante*”.

<sup>44</sup> Convención Americana de Derechos Humanos: “Artículo 41: *La Comisión tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, y en el ejercicio de su mandato tiene las siguientes funciones y atribuciones: b. formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos*” y Artículo 62, numeral 3: “*La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la*

la situación al estado previo, se deberá reparar el daño cometido contra el particular por medio de las herramientas proporcionadas por la figura jurídica de la responsabilidad patrimonial del Estado.

La doctrina sostiene que uno de los presupuestos o requisitos sine qua non para que surja la responsabilidad patrimonial de la administración, es la existencia de una relación de causalidad material entre el daño antijurídico (realizado al particular) y la acción u omisión de la entidad pública o jurisdicción (en este caso, la aplicación de una apariencia)<sup>45</sup>. México es coincidente con lo anterior dentro la aplicación del derecho positivo, ya que para la determinación de la responsabilidad patrimonial del Estado se requiere, para su demostración, básicamente la existencia de un daño antijurídico (causado o afectando a un particular), generado por una actividad administrativa irregular de las autoridades públicas (un acto administrativo o proceso jurisdiccional revestido de apariencia), que le sea imputable al Estado, y donde exista una relación de causalidad entre el daño antijurídico y acto administrativo irregular del ente público, del cual se desprende la imputabilidad estatal.

Lo relevante para establecer una responsabilidad por apariencia es la presencia del daño, la relación de causalidad entre el hecho o acción ejercida de manera irregular y el daño<sup>46</sup>. No es nece-

---

*interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia*". En particular el artículo 8 de la CADH antes analizado.

<sup>45</sup> Entre los sistemas doctrinales que sostienen esta responsabilidad patrimonial lo encontramos en España y Colombia (nota del autor).

<sup>46</sup> Debiendo entender que la misma está desvinculada sustancialmente de la negligencia, dolo o intencionalidad, propios de la responsabilidad subjetiva e indirecta, regulada por las disposiciones del derecho civil. La jurisprudencia mexicana mantiene el principio de que "cuando el artículo 113 (actualmente 109 párrafo V) constitucional alude a que la responsabilidad patrimonial objetiva del Estado surge si éste causa un daño al particular «con motivo de su actividad administrativa irregular», abandona toda intención de contemplar los daños causados por la actividad regular del Estado, así como cualquier

sario buscar si el servidor público o el juez quien realizó la acción de la apariencia, lo hizo de una forma dolosa o negligente<sup>47</sup>. Para indemnizar el perjuicio solo basta con demostrar la realización de una actividad administrativa irregular (acto viciado de apariencia) y el nexo de causalidad entre ese actuar y el daño.

Cuando se trata de actos jurídicos, la ilegalidad se traduce evidentemente en una falla del servicio por parte del Estado. El acto ilegal (como lo es la aplicación de una apariencia) prueba que el servicio ha funcionado mal<sup>48</sup>. La ilegalidad y responsabilidad son dos conceptos autónomos. En nuestro régimen jurídico, las ilegalidades graves ocasionan siempre la responsabilidad de la Administración; ejemplo: la violación de la cosa juzgada, la violación de la ley, la desviación del poder, la incompetencia *rationae materiae* o la aplicación de una apariencia (que convierte el acto en ilegal), y generan responsabilidad patrimonial.

La administración podrá ejercer la acción de repetición contra el servidor público ya que la ley le otorga a la Administración Pública este beneficio, para obtener de sus funcionarios o exfuncionarios el reintegro del monto de la indemnización que ha de-

---

*elemento vinculado con el dolo en la actuación del servidor público, a fin de centrarse en los actos propios de la administración que son realizados de manera anormal o ilegal, es decir, sin atender a las condiciones normativas o a los parámetros creados por la propia administración".* Ver Responsabilidad Patrimonial del Estado. Diferencia entre Responsabilidad Objetiva y Subjetiva. Época: Novena Época, Registro: 169428, Instancia: Pleno, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXVII, Junio de 2008, Materia(s): Constitucional, Tesis: P./J. 43/2008, Página: 719.

<sup>47</sup> *"La responsabilidad objetiva prescinde en absoluto de la conducta del sujeto, de su culpabilidad; en ella se atiende única y exclusivamente al daño producido. Basta éste para que su autor sea responsable cualquiera que haya sido su conducta, haya habido o no culpa o dolo de su parte. Es el hecho perjudicial, el hecho liso y llano y no el hecho culpable o doloso el que genera la responsabilidad"*, ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil*, Santiago de Chile, Imprenta Universal, 1981.

<sup>48</sup> HÉLIN, Jean-Claude, *Faute de service et préjudice dans le contentieux de la responsabilité pour illégalité*, Thèse, Nantes, 1969.

bido reconocer a los particulares, como resultado de una condena de la jurisdicción de lo contencioso administrativo por los daños antijurídicos que les haya causado dentro del marco de una responsabilidad objetiva derivado de una apariencia.

Razones de equidad, de justicia distributiva o de seguridad social, reclaman la indemnización de los daños sufridos por los particulares a causa de un acto viciado de apariencia. En caso de una apariencia, determinada por el juez administrativo o el juez interamericano, debe cumplir con el objetivo supremo de garantizar la reparación integral del daño a los particulares mediante indemnización, coadyuvando a la realización de una administración pública y una administración de justicia eficientes, aportando una protección efectiva para el particular ante el poder exorbitante del Estado.

#### IV. CONCLUSIÓN

La actividad del Estado, siendo producto de la actividad humana, no es perfecta y tampoco la podemos considerar intangible. Su evolución no ha terminado, la administración pública y la jurisdicción administrativa en México son un cuerpo viviente que constantemente deben adaptarse a las exigencias de una buena administración e impartición de justicia imparcial y eficaz. El peligro es que, pretendiendo afinar bastante el sistema, se haga bastante complejo. Las reformas que se encadenan unas con otras tienden en ocasiones hacer excesivamente sofisticado el mecanismo de jurisdicción. Por tal motivo, en nuestro país debemos construir un camino fácil para el administrado que le permita una mejor protección y un mejor acceso a la justicia administrativa. Los juristas estamos obligados a cuestionarnos y plantearnos la creación de un sistema que permita a todos los ciudadanos, un control jurídico eficaz de los actos de la administración pública

y de los jueces administrativos y que se encuentren a la altura de las exigencias modernas, tanto en el ámbito estatal como federal.

En ese sentido, la teoría de las apariencias merece una atención suficiente y desarrollo por parte de los tribunales nacionales, puesto que es necesario que la administración pública y los jueces sean conscientes de la alta función que desempeñan, y se les impone el deber de velar siempre por el interés general y la protección de los gobernados.