

LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN EUROPA^(*) (Anotaciones en torno a su evolución hacia un sistema de plena jurisdicción y sobre otros retos actuales)^()**

JUAN JOSÉ DíEZ SÁNCHEZ

RESUMEN: El trabajo es una aproximación al proceso evolutivo seguido por la justicia administrativa en los últimos años, constatando la coincidencia de las transformaciones llevadas a cabo en varios ordenamientos jurídicos con la finalidad de recuperar la plena normalización en el control judicial de las decisiones adoptadas por las Administraciones Públicas. Asimismo, se exponen diferentes cuestiones que constituyen desafíos particularmente problemáticos en orden a lograr que la jurisdicción contencioso-administrativa pueda cumplir en plenitud su papel de garante del Estado de Derecho.

Palabras clave: justicia administrativa; derechos subjetivos; sistema de plena jurisdicción; medidas cautelares.

ABSTRACT: This paper is an approach to the evolutionary process followed by the european administrative justice in the last years. The paper focus on the coincidence of the transformations carried out in various legal frameworks with the purpose of recovering the full normalization in the judicial review of decisions taken by the Public Administrations. Also the paper expose different problematic questions considered challenges in orden to ensure that the administrative justice can fully accomplish its role as guarantor of the constitutional rule of law.

Key words: administrative justice; subjective rights; system of full jurisdiction; protective measures.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 3 de mayo de 2010 y evaluado favorablemente para su publicación el 16 de junio de 2010.

(**) Texto de la ponencia presentada al IV Congreso Nacional de Derecho Administrativo (Lima-Perú), organizado por la PUCP (22-24 abril 2010).

1. La larga travesía del sistema de justicia administrativa hacia su plena normalización parece ya definitivamente asentada en los ordenamientos jurídicos europeos. Al menos eso se deduce de las profundas transformaciones llevadas a cabo en las postrimerías del siglo pasado y/o en los primeros años del actual, en algunos de los ordenamientos europeos y, particularmente en Francia, cuna y origen del singularísimo modelo de control jurisdiccional de la actuación de la Administración Pública (Sobre la concepción de la separación de poderes y sus diferentes interpretaciones, así como sobre el origen de la jurisdicción administrativa no como fruto de la revolución sino como consecuencia de un largo proceso histórico, CASAGNE, 2007, 9 y ss).

El estudio de esas renovaciones en todos sus aspectos esenciales (fundamentos, proceso empleado, novedades institucionales, funcionales, objetivas, con sus correspondientes valoraciones generales), ha sido llevado a cabo de forma magistral por el maestro GARCÍA DE ENTERRÍA en múltiples trabajos, todos los cuales constituyen referentes inevitables —sin perjuicio de otros tratamientos específicos— para entender los cambios que se han producido, entre otros, en los ordenamientos jurídicos de Inglaterra, Italia, Portugal y por supuesto Francia y España, al margen de la «*premonitaria*» o «*adelantada*» (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2009, 180) ley alemana de 1960. Esa luminosa obra doctrinal constituye, por ello, la base de esta modesta aportación, cuya finalidad no puede ser otra que la de representar una aproximación —a modo de crónica o repaso—, sucinta, a ese proceso evolutivo que culmina en lo que convenimos en llamar la consagración de una «*jurisdicción plenaria y efectiva*» (En su momento, sobre el proceso evolutivo de reconducción del poder al Derecho, DíEZ SÁNCHEZ, 1999, 31 y ss; 2004, 327 y ss.). De paso, aprovechamos, para ofrecer, a modo de complemento, el enunciado de algunas de las cuestiones que bien como desafíos, bien como propuestas, bien como problemas de una u otra naturaleza, se plantean doctrinalmente en torno a esta jurisdicción y en relación con el ejercicio de su función.

2. De todos es conocido que únicamente en el **Derecho alemán** se admite expresamente que en la técnica procesal de cualquier recurso contra la Administración pública se están protegiendo verdaderos derechos subjetivos, conforme al art. 19.4 de su Ley Fundamental (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2007, 136). Ese precepto determina que al «núcleo esencial de la Administración del Estado de Derecho en Alemania pertenece la obligación del Estado de garantizar la justicia»; que los «derechos de los

ciudadanos se protegen procesalmente gracias al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva», («principal derecho fundamental procesal y, al mismo tiempo, elemento central del principio alemán de control»); que «los principales garantes del derecho de los ciudadanos a un control de hecho efectivo son los tribunales independientes», y que el mismo «no garantiza al ciudadano ningún control general de legalidad de la Administración sino una decisión sobre la tutela judicial individual» (KHAL, 2010,75). Control al que contribuyen con un significado papel, como asimismo se destaca en relación con la actividad de la Administración y a fin de proteger los derechos fundamentales, ciertos derechos procedimentales de los particulares como el trámite de audiencia, el trámite de vista y el derecho de acceso a la información, que les asegura un «*status activus processualis*» (KHAL, 2010, 75).

Con la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 21 de enero de 1960, Alemania rompía «el mítico sistema francés» (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2009, 182), asumiendo la constitución de un verdadero Estado material de Derecho, reconociendo que la infracción de la legalidad por la Administración de la cual derive un perjuicio para uno o varios ciudadanos, otorga a éstos un verdadero derecho subjetivo a la eliminación de ese perjuicio, a la remoción del obstáculo que impide a ese derecho ser realmente efectivo. Para ello, además, prescribirá que para la ejecución de las sentencias contencioso-administrativas será de aplicación lo dispuesto para la ejecución de las sentencias civiles por su Ley de Enjuiciamiento Civil, al igual que lo referente a la generalización de las medidas cautelares, instaurando así «el nuevo modelo de justicia administrativa integral y efectiva, al otorgar al juez esos dos grandes poderes, los mismos de que disponen los de otras jurisdicciones» (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2009, 180-183; 2007, 138).

Con independencia de que este cambio radical responda o pueda suponer «que se trata de una deliberada rectificación de la condición absolutamente sometida en que los ciudadanos habían sido situados bajo el régimen nacionalsocialista» (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2009, 82), es evidente la trascendencia que a los derechos fundamentales ha otorgado el Tribunal Constitucional alemán. En palabras de KHAL, con la sentencia *Luth*, pronunciada en 1958, que constituye la decisión de mayor repercusión hasta el momento, éste elevó los derechos fundamentales a la condición de «*sistema de valores*» con un efecto irradiador sobre todo el derecho legislado, lo que supone además una amplia constitucionalización del Derecho adminis-

trativo, que no ya como tal pero sí en su intensidad, no tiene comparación a nivel mundial, y la misma no sólo significa un aumento de la influencia de la Constitución sino también de los tribunales, y particularmente, del TC en cuanto «*guardián de la Constitución*». De ahí, por otra parte, que la comprensión de los valores basada en la dignidad y libertad de la persona, y la concepción humana de la Constitución, no hayan dejado de producir numerosas y concretas consecuencias para el Derecho administrativo: «así se reflejan en el reconocimiento de los derechos públicos subjetivos, primero sólo para los destinatarios, más tarde y bajo ciertas condiciones (según la conocida como teoría de la norma de protección), también para los terceros afectados (vecinos)» (KHAL, 2010, 71 y ss.)

Aquella Ley, objeto de diversas modificaciones parciales (la última de ellas en 2008), y en lo sustancial estos trascendentes avances, inspirarán en unos casos, en tanto en otros incluso ejercerán una clara influencia sobre la legislación de aquellos otros países señalados en general, y muy en particular en las nuevas leyes o códigos portugués y francés.

3. Las transformaciones de la justicia administrativa a que nos referimos no se han debido a ningún acuerdo promovido por las instituciones comunitarias, ni tampoco en propiedad a una decisión debida a las obligaciones asumidas como consecuencia de un Tratado Internacional, ni menos a un acuerdo entre los Estados entre sí, por lo que puede invocarse el «*misterioso espíritu del tiempo*» (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2009, 179) para entenderlas. No obstante, alguna influencia debe otorgarse a la jurisprudencia comunitaria, y notable es la repercusión de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), Roma, 1950, y en concreto, de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en aplicación del art. 6 de aquélla.

Como advirtiera el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA (1999, 410-411), es difícil que los tribunales de los Estados miembros de la UE dejen de aplicar la jurisprudencia del TJCE, en cuanto tiene de progresiva, cuando estén aplicando «*puro Derecho interno*», aunque sólo les vincule cuando apliquen Derecho comunitario. Cuestión especialmente relevante para los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, que conllevaría «fracturar en dos el modo de razonar en Derecho, generar una verdadera esquizofrenia en el ánimo de los jueces», como sería ser generosos en unos casos (por ejemplo, en materia de medidas cautelares) y, en cambio, negarlos en otros. Por ello, no duda en reconocer que ese proceso

de incidencia de las técnicas *ius comunitarias* sobre los Tribunales de los Estados miembros está produciendo, «como es cada vez más visible, una verdadera convergencia entre los ámbitos y extensión del control de sus tribunales» de lo contencioso.

Ese proceso no se debe, ciertamente, a ninguna disposición expresa, pero lógico resulta pensar que seguirá expandiéndose. En especial, con la incorporación por el Tratado (conocido como Tratado de Lisboa), que modifica el Tratado de la UE y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, de 13 de diciembre de 2007 (en vigor para España desde el 1 de diciembre de 2009), del compromiso de que la Unión se «adherirá» al CEDH —si bien la adhesión no modificará las competencias de aquella—, y la proclamación de que los derechos fundamentales garantizados en dicho Convenio «y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte de la Unión como principios generales». Y ello, sin olvidar que el TC alemán en su sentencia de 30 de junio de 2009, si bien salva el Tratado de Lisboa, ha «inferido un golpe durísimo a la UE misma; con efectos que van más allá del sistema alemán», al precisar en la conclusión general de la misma (que CHITTI «califica de inquietante») lo siguiente: «El proceso de integración europea no es irreversible. La participación de la República Federal Alemana en la Unión Europea depende de que perdure su voluntad de permanecer como miembro. Los confines jurídicos de esta voluntad dependen de la Constitución alemana (parágrafo 329)» (CHITTI, 2009, 4 y ss.).

Más determinante, desde luego, será la influencia de la Convención de Roma. La jurisprudencia del TEDH, aplicando el art. 6 del Convenio, ya provocaría en su momento (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1999, 411; 2007, 100) una completa reforma del sistema de justicia administrativa «*jaún con técnicas de jurisdicción retenida*» que a fines del siglo XX tenían Estados tan progresivos en otras materias, como Holanda y Suecia. La explicación en esos casos y en los demás, no resulta difícil encontrarla en la posición que al ciudadano otorga dicho precepto como «titular de un verdadero derecho a una justicia efectiva» que «exige también en la esfera contencioso-administrativa, una tutela efectiva, en igualdad de armas procesales con la Administración, sin que con la misma pueda producirse indefensión alguna, con todas las garantías... (y) alguna limitada excepción» (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2009, 179). De esa consagración derivará, por de pronto, garantizar el derecho de pedir justicia al juez para la protección de un derecho material concreto, derecho que en cuanto tal postula su efectividad

plena y completa, lo que implica que el juez tenga que hacer también de agente necesario para que esa efectividad se cumpla, esto es, que deba contar con el poder no sólo de declarar lo que en Derecho procede, sino también «con la obligación de hacer efectiva esa declaración (que han debido hacer posible previamente poniendo en juego toda una impresionante batería de medidas cautelares) mediante una potestad-función de ejecución forzosa y eficaz, como es consustancial a toda jurisdicción verdadera, incluso usando para ello de poderes coercitivos directos e inequívocos contra una posible (y con frecuencia nada hipotética) resistencia de la Administración» (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2007,133). Al igual que la de reconocer al recurrente la facultad de pedir al juez medidas cautelares sumamente sofisticadas contra el acto administrativo impugnado con la misma normalidad y amplitud con que el juez civil pueda otorgarlas en procesos civiles entre partes privadas. Con la consecuencia de que el proceso contencioso «se ha situado en el mismo nivel que el proceso civil entre partes privadas, donde nadie puede discutir que se enfrentan dos pretensiones equivalentes en cuanto a la titularidad potencial de los mismos derechos, y respetando el principio básico de todo litigio judicial, que es el de igualdad de armas»(GARCÍA DE ENTERRÍA, 2007,135, dado el principio consagrado por esa jurisprudencia como incluido en el derecho a un proceso equitativo).

La convergencia esencial, aunque resulte aún muy desigual según el punto de partida y los avances que al respecto incorporan los ordenamientos jurídicos, puede tener, en efecto, esos dos fundamentos, a los que cabe adicionar otros dos, específicos e interrelacionados, que explicarían la generalización del sistema de justicia administrativa: de un lado, una supuesta «conciencia común y aguda en toda Europa sobre la necesidad de acabar de golpe con todas las convencionales e históricas limitaciones que atenazaban una jurisdicción que ha dejado con ello de ser un cuadro teórico y exquisito que no afectaba de manera sustancial al papel manifiestamente prepotente con que se configuró la Administración surgida de la Revolución Francesa» y, de otro, «su perfecta adecuación a los dogmas democráticos del imperio de la Ley y de la responsabilidad por los actos que pretendiesen eludirlo», en tanto «la vieja *maiestas* del poder público, con la que pretendía prevalecer por principio respecto a la libertad de los ciudadanos, se ha esfumado con ella —una vez que esa libertad está calificada formalmente como verdadero derecho fundamental» (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2009, 58 y ss.).

4. En **Francia**, ya la Leyes de 16 de julio de 1980 y de 8 de febrero de 1985 supondrán una importante reforma del Código de los Tribunales Administrativos y de las Cortes Administrativas de Apelación. Con ellas el recurso se convierte «en una verdadera y plenaria acción procesal de condena de la Administración», permitiendo que la sentencia además de anular el acto impugnado, pueda extraer de esa anulación «una condena de hacer a la Administración derivada del fallo (una *injection*)», hasta entonces excluida en virtud de «la mitificada regla de la separación de autoridades», que el propio Tribunal es capaz de asegurar ya mediante la posibilidad de ordenar cuál ha de ser el contenido mismo de los actos administrativos anulados, ya con todas las medidas coercitivas, y aun si la Administración «se resistiese al cumplimiento de lo ordenado, de sustituir la omisión administrativa directamente por sí mismo o de actuar contra los propios administradores (técnica de las multas coercitivas, reiteradas o *astreintes*)» (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2007, 83). El arsenal de poderes con los que los tribunales pueden obtener la efectividad del pronunciamiento o ejecución forzosa de la condena a la Administración, se completará con «un cuadro de medidas ejecutivas a disposición de la jurisdicción contencioso-administrativa, facultándola para poder imponer *injections préventives* para la ejecución de la cosa juzgada, pronunciamientos que a partir de esa fecha se pueden incluir en el fallo mismo de las Sentencias declarativas, sin necesidad, pues, de un incidente de ejecución posterior a las mismas» (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2007, 90; 2000, 96 y ss., donde enuncia los distintos poderes judiciales de ejecución forzosa y subrayará que está operando «sorprendentemente, por vez primera en toda la historia del contencioso-administrativo francés, la influencia de un modelo extraño, el alemán»).

La, en general, positiva valoración de estas novedades tan relevantes en un ordenamiento como el francés no fue, sin embargo, suficiente, para culminar la transformación y la definitiva corrección, en todos los planos, de aquella singularidad que surge, a partir de la conocida disidencia revolucionaria plasmada en la Ley 15-24 de agosto de 1790, reafirmada en la Constitución de 1791, que tendrá en ese texto «el primer esbozo de una jurisdicción contencioso-administrativa, evidentemente, retenida en las manos de la propia Administración», y que se formalizará como tal con la primera Constitución napoleónica, la del año VIII, con la creación del Consejo de Estado y, poco más tarde, con la Ley de 28 pluvioso del mismo año, completada con la creación de los Consejos de Prefectura, así como mediante la creación en el seno del Consejo de Estado de una Comisión

de lo contencioso (1806), y el paso al sistema de justicia *delegada* —o *independiente*— y la jurisdiccionalización del propio Consejo, sin perjuicio de mantener separada la función consultiva (Ley de 5 de mayo de 1872) (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2009, 172-174).

El actual *Código de Justicia Administrativa* («*insólito Code*» según GARCÍA DE ENTERRÍA, 2009, 177; 2007, 95-96, otras valoraciones en el monográfico de *Actualité Juridique*, n^o 9, 2009) ha sido obra del legislador y es, en efecto, singular tanto en su origen como en su articulación. Ha sido creado, en su parte legislativa, por la Ordenanza de 4 de mayo de 2000, y en su parte reglamentaria por dos decretos de esa misma fecha: i) decreto 2000-388, para los decretos en Consejo de Estado acordados en consejo de ministros, esencialmente relativos al estatuto de los miembros de las jurisdicciones administrativas, y ii) decreto 2000-389, para los decretos en Consejo de Estado, pero no acordados en consejo de ministros. Aunque conjuntamente entró en vigor el 1 de enero de 2001, previamente había sido ya modificado por la Ley 2000-597 de 30 de junio de 2000 relativa a los «*référé*» ante las jurisdicciones administrativas, y por el art. 51 de la ley 2000-1353, de 30 de diciembre de 2000 relativa a la ley de rectificación de las finanzas, que dio nueva redacción a un precepto (el art. L.911-8). En la primera de esas leyes modificativas se expone que la decisión de proceder a la codificación de los textos que rigen la justicia administrativa fue adoptada en abril de 1996, con la creación de un grupo de trabajo presidido por el vicepresidente del Consejo de Estado. Dicho grupo culminó su tarea en 1998 y la Comisión Superior de codificación aprobó el proyecto de código rápidamente en mayo de 1998. Dicho proyecto no fue objeto de atención por el Parlamento en la XI legislatura y el Gobierno decidió publicarlo por vía de Ordenanza. El Gobierno utilizó la Ley de Habilitación 99-1071 de 16 de diciembre de 1999, que le autoriza a publicarla en los nueve meses siguientes. De ahí asimismo, que un proyecto de ley de ratificación fue enseguida depositado ante el Senado el 29 de junio de 2000, el cual tampoco pudo ser adoptado al finalizar la legislatura en 2002, si bien esa presentación, en aplicación del art. 38 de la Constitución, otorga pleno valor jurídico al Código, pero únicamente a título reglamentario, lo que dificultaba la vigencia de su parte legislativa. Por otro lado, la ley de 30 de junio de 2000 había consolidado como ley la parte de la ordenanza relativa a los *référés* (desarrollada por su decreto de aplicación 2000-1115 de 22 de noviembre de 2000). Por fin, durante la XII legislatura, la ley 2003-591 de 2 de julio 2003 habili-

tando al Gobierno a simplificar el derecho, ratificaría el código a través de su art. 31, en tanto la Ordenanza sería publicada el 24 de diciembre de 2003, no sin antes, a través de su artículo 2, suprimir del código dos arts. (L. 411-1 y L. 522-2).

Con este complejo y tortuoso proceso, definitivamente, dirá GARCÍA DE ENTERRÍA: i) se elimina el protagonismo exclusivo o el monopolio del Consejo de Estado sobre la justicia administrativa («con el que venía dirigiendo y perfeccionando la configuración de esa pieza clave del sistema que era el recurso de anulación basado en su carácter puramente declarativo»; ii) se produce una modificación absolutamente esencial «del sistema mismo construido» por dicho Consejo, en dos «puntos capitales del mismo»: la tutela cautelar «que ha experimentado un desarrollo desconocido en cualquier otro sistema legal europeo, a excepción del alemán», y «sobre todo, el valor de las sentencias estimatorias de los recursos contencioso-administrativos, con la atribución a la propia jurisdicción de un poder jurisdiccional plenario, en la misma medida que las jurisdicciones ordinarias»; iii) con lo que la jurisdicción contencioso-administrativa, pasa ahora a ser «una jurisdicción plenaria y efectiva», con unos Tribunales judiciales que ostentan la competencia plena para ejecutar sus propias sentencias, «lo que les hace ser, en la terminología francesa, Tribunales de plena jurisdicción»; iv) donde «los poderes del juez contencioso-administrativo respecto de la Administración como parte en el proceso pasan a ser exactamente los mismos que los que tiene el juez ordinario en las actuaciones procesales civiles, laborales o penales sobre los ciudadanos ordinarios: el juez contencioso-administrativo ha dejado de ser, pues, un juez limitado y menor»; y v) por lo que Francia inicia con ello una época nueva de la Administración, «como un poder propio de un verdadero Estado Constitucional de Derecho» (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2009, 176 y ss.).

Con la Ley de 30 de junio de 2000, se dispone «un sistema extraordinariamente rico y matizado de medidas cautelares, con el que se pone fin al carácter básico y central del principio de ejecutoriedad de las decisiones administrativas» (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2009, 179) y que parece establecer un verdadero juez de urgencia a través de los procedimientos de este nombre o del juez administrativo de los «référés», al confiar «incluso a órganos especializados la aplicación de este tipo de nueva tutela judicial (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2007, 95).

El protagonismo indiscutible del Consejo de Estado, la calidad de su jurisprudencia «que dará lugar a una doctrina nueva, a la que se llamará

justamente Derecho Administrativo», y que acertará «a poner en pie un sistema jurídico... que terminará caracterizándose como hoy se reconoce ya universalmente, como una pieza esencial del actual Estado de Derecho» (la justicia administrativa), claramente marcado por el llamado «recurso de anulación, creación enteramente jurisprudencial» que hizo de ese sistema y de ese recurso «el paradigma mismo de la excelencia» (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2009, 173 y ss., con referencias que omitimos al «*culto y admiración sin reservas*» de la obra jurisprudencial de ese órgano) queda con esa legislación superado. La arquitectura de ese sistema ha sido completamente alterada por ese conjunto normativo, que ha producido una legalización completa y absoluta de toda la extensión y funcionamiento de esa justicia, «por cierto con una precisión y un detalle como no existen hoy probablemente otros en ningún otro Estado», aunque lo más significativo no es el hecho mismo de esa codificación, sino el simple hecho «de que ese nuevo Código se haya hecho no como una sistematización de la venerada jurisprudencia del Consejo de Estado... sino introduciendo en el sistema un cambio absoluto de los principios básicos sentados por esa jurisprudencia» (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2009, 177). La supuesta paradoja que resulta, será clarificada por GARCÍA DE ENTERRÍA al precisar cómo «*el tan enaltecido y admirado sistema francés de lo contencioso*», no «era una verdadera protección jurisdiccional», en tanto no podía afectar al fundamental principio de no interferencia en el funcionamiento administrativo y porque además las decisiones de sus tribunales carecían de verdadera fuerza ejecutiva» (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2009, 182; 2007, 85 y ss., donde explica la caída del mito, el sorprendente acuerdo en eliminarlo y la ausencia de recurso ante el Consejo Constitucional, así como los trabajos de dos órganos que se habían hecho eco de las reclamaciones frente a las sentencias de anulación: El defensor del pueblo o *Mediateur*, y la Sección de la Memoria y de Estudios del Consejo de Estado, órgano éste que tenía la función de recibir las quejas frente a la pasividad de la Administración en la ejecución de las sentencias).

5. En **Italia**, la Ley nº 205, de 21 de julio de 2000, denominada «*Disposiciones en materia de justicia administrativa*», completa una reforma parcialmente iniciada por el Decreto-Ley 67 de 25 de marzo de 1997 (convertido, con modificaciones, en la Ley 135 de 23 de mayo de 1997), desarrollada a su vez por el Decreto-Ley 80 de 31 de marzo de 1998. Con dicha regulación «se alinea el sistema italiano de justicia administrativa en un orden sistemático y novedoso de tipo europeo», lastrado —en

opinión de GARCÍA DE ENTERRÍA— por «una imprudente constitucionalización en 1948» de la partición del contencioso entre la tutela de derechos y la tutela de intereses legítimos, y que, aunque defendida doctrinal y jurisprudencialmente, fue en parte corregida por la admisión de un ámbito de «*jurisdicción exclusiva*» atribuido al Consejo de Estado en sede jurisdiccional para conocer, pese a ser competente normalmente en materia de protección de intereses legítimos, de determinadas materias en las que se tutelan derechos subjetivos. De esa división, como se sabe, derivaría que las sentencias en el ámbito de protección de los intereses legítimos quedaban limitadas, como ocurría en el sistema francés «en el que se inspiró», en la anulación del acto impugnado (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2007, 115; 2000, 99, en el que explica el origen del sistema y de la famosa distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo. Sobre esta distinción y en general sobre el actual sistema de justicia administrativa, SORACE, 2005, 404 y ss.; FERNÁNDEZ SALMERÓN, 2001, 501 y ss.; y en particular sobre la tutela del interés legítimo, CARTEI y GARDINI, 2005, 423 y ss.)

La sentencia, en sesión conjunta, de la Corte di Casazione 550/99, admitiría, sin embargo, por vez primera la posibilidad de condenas indemnizatorias por lesión de esos intereses, «rompiendo así la significación y el alcance mismo de la distinción, y poniendo de manifiesto que tales supuestos intereses de segundo nivel son, en realidad, verdaderos derechos subjetivos (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2007, 112-113; 2000, 99, exponiendo el origen de la misma). Lo que la sentencia del TEDH 33804/96, *Mennitto c. Italia*, de 3.10.2000, vendrá a corroborar —aun después de la reforma legal última— al reconocer «que lo que los italianos llaman intereses legítimos entran en la categoría de derechos subjetivos protegibles ex Convenio». Y que aún más recientemente, la Sentencia de la Corte Costituzionale 204/2004, consagrará al no limitar la «*jurisdicción exclusiva*» del Consejo de Estado y la propia de los Tribunales Regionales al solo efecto anulatorio, legitimándoles para pronunciar también condenas indemnizatorias (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2007, 115, señalando que dicha sentencia conmocionó el sistema italiano).

Con dicha Ley, que modifica la distribución de competencias entre el Consejo de Estado y los tribunales administrativos regionales, y atribuye al juez administrativo los instrumentos y los poderes del juez ordinario en sede cautelar, se lleva a cabo una profunda adaptación de la justicia administrativa italiana, ampliamente demandada por la doctrina (en especial tras el pronunciamiento de la Corte de Casación), ante la insuficiencia de medidas

con las que garantizar la tutela judicial en esa sede, tanto de los derechos subjetivos en los supuestos de jurisdicción exclusiva, como de los intereses legítimos en los otros supuestos. La reforma, en lo sustancial, tiene como finalidad la tutela cautelar, y con ella el juez administrativo tiene el poder de adoptar las medidas cautelares que considere más idóneas, según las circunstancias, para asegurar interinamente los efectos de la decisión del recurso. Entre ellas la posibilidad de emitir *ordinanze*, de diferente naturaleza, incluidos los recursos en que se invoque un interés legítimo, al permitir que el juez contencioso imponga sentencias de condena y por supuesto condenas patrimoniales, «en los procesos en que se dilucida un interés de este carácter y a ejecutarlas forzosamente por sí mismo, o a haber impuesto preventivamente a la Administración todo género de medidas cautelares, sin limitación alguna» (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2007, 142-143).

La existencia hasta ese momento de la suspensión del acto como prácticamente el único instrumento cautelar existente, y la amplitud de poderes de esta naturaleza atribuidos al juez contencioso, que conlleva «aplicar a los procesos administrativos en materia cautelar el mismo Código de proceso civil en los juicios civiles, con la misma extensión, sin restricción alguna» (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2007, 134), da idea clara de la trascendencia de la transformación operada. Completada con aquellas otras que, desde el punto de vista procesal, establecen la prioridad en la fijación de la tramitación o disponen las decisiones judiciales inmediatas en caso de extrema gravedad o urgencia (GNES, 2005, 641 y ss., sobre sus límites), o refuerzan el «*giudizio d'ottemperanza*», como proceso normal de ejecución forzosa de las sentencias condenatorias a la Administración, ahora extendido a sentencias y autos no firmes (CHINCHILLA, 1988, 428 y ss.; MARTÍN DELGADO, 2004, 353 y ss., y MARI, 2008, 647 y ss.), así como la posible fijación, de poder derivarse efectos irreversibles, de la prestación de caución.

Con ello cabe coincidir en que la idea, propuesta por otros ordenamientos, de «una nueva relación entre el ciudadano y el Estado» se asienta en el ordenamiento italiano (FRANZONI, 2009, 78, que la ejemplifica con la afirmación de que quien se equivoca paga, incluso aunque el sujeto equivocado sea una Administración Pública dotada de imperio, y con independencia de la naturaleza de la responsabilidad, en base al *obiter dictum* de la sentencia del Tribunal de Casación nº 157 de 10 de enero de 2003).

6. A través de la «*Human Rights Act 1998*», con vigencia plena a partir del 2 de octubre de 2000, se convierte en norma interna en el **Reino Unido** la totalidad del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950. Con esta norma, se produce una «revolucionaria innovación que supone la rectificación en bloque de su tradicional sistema de *Administrative Justice*, que, partiendo del principio básico del *common law* que exige un derecho subjetivo para cada tipo de acción, había dado lugar a ¡más de dos mil! Administrative Tribunals, verdadera reducción al absurdo del sistema» (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2009, 181).

El revulsivo, como dirá GARCÍA DE ENTERRÍA, ha sido el ejemplo del contencioso administrativo del continente, en referencia al proceso evolutivo seguido por la legislación británica, plasmada en una técnica positivizada de *judicial review* sobre los actos de la Administración, aunque bastante reducida, en la reforma de 1977-1981, cuyas *rules of Court de 1977* fueron incorporadas finalmente a la *Supreme Court Act de 1981*, ley con la que separó por vez primera el sistema judicial de derecho público del propio del derecho privado. (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2007, 119. Con amplio detalle sobre esta evolución, así como sobre el análisis de la nueva Ley, ALONSO GARCÍA y TORRES MUÑOZ, 2000, 5 y ss.).

Con la *Human Right*, el sistema inglés supera y sustituye todo el sistema de los viejos y casuísticos *writs* o acciones singulares «por la definición de un verdadero derecho subjetivo universal al recurso en la materia administrativa» (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2007, 58). Es la única ley que ha modificado la jurisdicción de los tribunales, según BRADLEY, que puntualiza: «No necesito explicar ahora con que ingenio se las arregla para ofrecernos la nueva y tentadora zanahoria de la revisión judicial de las leyes, mientras mantiene para nuestra delectación a la vieja y querida soberanía parlamentaria». Asimismo da cuenta de la existencia de opiniones divergentes sobre los efectos de esta Ley, precisando que la Comisión *Holmes de la Cámara de los Lores (Informe 2007)* no albergó duda alguna de que dicha ley había contribuido sensiblemente al reciente desarrollo de tensiones entre el ejecutivo y el judicial (BRADLEY, 2009, 23).

Conforme a dicha ley (objeto de una permanente controversia en el ámbito de los grandes partidos del Reino Unido), se establece la ilegalidad de una actuación de la autoridad pública que contravenga los derechos de la Convención, al igual que si se trata de cualquier persona natural, y permite que cualquier persona pueda elevar un recurso contra dicha

autoridad que haya actuado infringiendo aquella siempre que se vea afectada conforme establece el art. 34 («*victim test*»), estando facultado el tribunal para conceder la reparación o remedio (indemnización de daños y perjuicios) o hacer valer sus decisiones dentro de los poderes que considere justos y apropiados, aunque existen ciertas restricciones a esa capacidad.

A partir de esas previsiones el papel protagonista lo van a desempeñar los jueces, debiendo los tribunales asumir como objetivo esencial asegurar el respeto de los derechos individuales de una manera que tenga en cuenta el marco más amplio de separación de poderes (ALONSO GARCÍA y TORRES MURO, 2000, 35, citando el parecer del principal responsable político de la Ley).

7. En **Portugal**, el Código de los Tribunales Administrativos es aprobado por la Ley 15/2002, de 22 de febrero, (que deroga el Estatuto de los Tribunales Administrativos y la Ley del Proceso ante los Tribunales Administrativos aprobado por el Decreto Ley 267/85, de 16 de julio), y modificado puntualmente por la Declaración de Ratificación nº 17/2002, de 6 de abril, por la Ley 4-A/2003, de 19 de febrero y por la Ley 59/2008, de 11 de septiembre.

Este nuevo Código «*inspirado en el precedente alemán*», que sistematiza y ordena una corriente innovativa que se remonta a 1985 y viene a hacer prácticamente tabla rasa de todos los precedentes del sistema de justicia administrativa del país, establece —en el comentario específico que le dedica GARCÍA DE ENTERRÍA—, con encomiable esfuerzo y con una seguridad técnica verdaderamente notable, todo un régimen contencioso-administrativo plenario y nuevo, que pasa a ser uno de los más avanzados y perfilados de todo el continente (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2003, 422). Sobre los antecedentes de la reforma del contencioso administrativo, PEREIRA DA SILVA, 2000, 231 y ss).

Al respecto, destacará: i) su sistemática, muy distinta a la española; ii) la especificación de todas las pretensiones que, ejemplificativamente concretan el derecho a la tutela judicial efectiva y que pueden dirigir los ciudadanos a los Tribunales administrativos, incluidas aquellas que normalmente los tribunales incorporan a su facultad de sustituir el contenido reglado de los actos que han sido objeto de anulación (reconocimiento de situaciones jurídicas subjetivas o de titularidad de cualidades o del cumplimiento de condiciones), o el derecho a obtener una declaración de abstención forzosa

de la Administración si existe una amenaza de lesión futura; iii) los poderes jurisdiccionales de los tribunales administrativos en orden a la ejecución de la sentencia o decisión; iv) la consagración de un estatuto de igualdad efectiva de las partes en el proceso, tanto en lo que se refiere al ejercicio de facultades y al uso de los medios de defensa como en el plano de la aplicación de conminaciones o de sanciones procesales, especialmente por litigios de mala fe; v) el reconocimiento de la legitimación activa y particularmente respecto de la llamada acción popular o pública, más amplia que la española (defensa de valores y bienes constitucionalmente protegidos como la salud pública, el ambiente, el urbanismo, la ordenación del territorio, la calidad de vida, el patrimonio cultural o los bienes de los entes territoriales); vi) la ampliación de la existencia de procesos urgentes (v.gr. al margen de los tradicionales, como el de obtener informaciones, consulta de documentos o emisión de certificaciones); y también la de procesos administrativos especiales (v.gr. «procesos en masa», análoga a la española); vii) El proceso urgente y sumario relativo a las medidas cautelares que especifica que estas medidas pueden ser de conservación del objeto litigioso, de suspensión del acto o norma recurridos, de admisión provisional en concursos y pruebas, de atribución provisional de poder de disposición sobre un bien, de autorización provisional para iniciar o proseguir una actividad, el pago anticipado de deudas u obligaciones de reparación (*référé provision*), la intimación de una conducta a la Administración o a un concesionario; y viii) la distinción a efectos de impugnación de los reglamentos de, por una parte, la ilegalidad material de los mismos, de por otra, la impugnación por vicios propios o derivados de la invalidez de los actos dictados en su respectivo procedimiento de impugnación.

Por el contrario, no le parece tan bien la regulación del procedimiento, que considera más rigurosa y más estricta que la que hoy predomina en otros derechos europeos, y por otro lado, reseña que la legislación portuguesa no admita la ejecución sobre bienes patrimoniales de la Administración condenada —salvo sobre créditos presupuestarios dotados a estos efectos a favor del Consejo Superior de Tribunales Administrativos y Fiscales, o por compensación de créditos—, sin prever lo que proceda hacer en caso de insuficiencia de ese crédito presupuestario, tema que condiciona así totalmente la efectividad de las sentencias condenatorias (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2003, 423 y ss.)

8. Previo a estos últimos cambios, como es conocido, en **España**, tendrá lugar la derogación de la LJCA de 1956, en la que debe situarse «el

acta de nacimiento verdadero de nuestro Derecho administrativo, estricta y técnicamente concebido» (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2007, 68) con la actual Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, que adapta nuestro ordenamiento en la materia a los capitales preceptos constitucionales (arts. 106.1, 117.3 y 118 en relación con el art. 24, y al que se puede añadir asimismo el art. 10.2 CE en cuanto a la vinculación de los Tratados Internacionales, en el caso el CEDH). Antes de esta derogación, diversas leyes (entre otras, a Ley de 17 de marzo de 1973, la Ley 62/1978, de 28 de diciembre, la LOPJ de 1985, la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, la Ley 10/1992, de 30 de abril) y la jurisprudencia constitucional, había ya modificado y/o derogado diversos preceptos de aquélla, para su adaptación a los nuevos requerimientos constitucionales, especialmente en los relativo a las actuaciones excluidas de su conocimiento.

No me detendré en lo que esta Ley aporta como novedades significativas, que son muchas (sustantivas, orgánicas, procedimentales, etc.) aunque no todas ellas objeto de positiva valoración doctrinal. Así, en el plano de organización judicial con la creación *ex novo* de los jueces unipersonales de lo contencioso-administrativo, sin precedentes en esta jurisdicción ni en nuestro país ni en otros ordenamientos con una criticable articulación de las competencias funcionales, objetivas y territoriales (BOCANEGRA SIERRA, 2003, 15 y ss.); o en el plano procesal con la implantación de un procedimiento abreviado. Sin duda, deja traslucir claramente la ley la plenitud de la tutela judicial efectiva al eliminar las limitaciones históricas y con ella las exenciones o inmunidades; superando el carácter meramente revisor con la incorporación de las distintas pretensiones que pueden ejercerse en esa sede (en relación con la actividad jurídica, con las pretensiones de condena de hacer algo o de abstenerse de hacerlo); estatuyendo, pues, un recurso subjetivo o de plena jurisdicción, con el carácter de un auténtico proceso entre partes. Lo que alcanza a la ejecución de los pronunciamientos judiciales con la consiguiente superación de los clásicos privilegios administrativos. Dicha norma, por otra parte, con la previa reforma de la LOPJ (art. 9.4) refuerza la consolidación de la unidad jurisdiccional —en sede de justicia administrativa— de materias hasta entonces dispersas, como es el caso de la responsabilidad civil o patrimonial de la Administración.

A estos efectos, consideramos suficiente con indicar que aunque el modelo es el mismo que los anteriores, en España *«se requiere urgentemente una recepción más efectiva y operativa del paradigma inequívoco del*

nuevo modelo del Derecho Administrativo efectivamente constitucionalizado y plenario» (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2009, 183; 2007, 103 y ss.; 1999, 101 y ss). En concreto, en relación con las medidas cautelares y su aplicación, como se ha podido advertir de las apreciaciones realizadas en torno a los ordenamientos comparados. Y, en general, además, si como ha advertido SANTAMARÍA PASTOR tras la experiencia práctica «*cabe detectar importantes razones que determinan un escaso nivel de confianza en la utilidad del sistema*», por entre otras: la generalizada aunque difusa impresión social de que esta jurisdicción en su conjunto, muestra un comportamiento proclive a favorecer la postura de las Administraciones demandadas; la general insatisfacción en cuanto al estado legal y funcionamiento práctico del régimen de recursos contra sentencias; la sensación de que los mecanismos de adopción de las medidas cautelares y de ejecución de sentencias continúan resultando altamente insatisfactorios («obtener una medida cautelar es hoy tan problemático y aventurado como lo era en 1977», y «las dificultades para los recurrentes de ejecución de las sentencias siguen siendo el mismo calvario»). Aun cuando, a su juicio «el problema de mayor envergadura y gravedad se halla en la muy seria congestión de litigios pendientes que padecen la inmensa mayoría de los jueces y tribunales de este orden jurisdiccional», congestión producida por un alza inesperada de la litigiosidad, que lleva a una demora totalmente anormal de la resolución final, con «la producción de sentencias que, en una gran parte, poseen valor puramente histórico» porque se dictan una vez los intereses de las partes han experimentado cambios sustanciales. Panorama, que como subraya, no favorece al sistema judicial, ya contemplado desde la óptica de los particulares o desde la de la Administración, y que contribuye a debilitar el constitucional principio de sometimiento de la Administración a la ley y al Derecho (SANTAMARÍA PASTOR, 2004, pp. 193-196).

9. Todos estos cambios en los ordenamientos jurídicos europeos, aun con sus lógicas diferencias, permiten, sin duda, apreciar una incuestionable convergencia y un «*cambio de paradigma*» (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2007, 125), que no parece descabellado conectar a las previsiones del art. 6 del CEDH y a la jurisprudencia del TEDH, además de al espíritu de los nuevos tiempos.

Son denominadores comunes de esas transformaciones, las soluciones similares que se adoptan por dichos ordenamientos, y que conllevan el «fortalecimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa», mediante la superación definitiva del carácter meramente declarativo de sus senten-

cias, el reconocimiento a los Tribunales de las facultades de imponer y controlar la ejecución forzosa de sus decisiones, o el poder de graduar y hasta excluir la ejecutoriedad autoritaria de los actos administrativos a través de las medidas cautelares (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2009, 180). En sentido contrario, las «explícitas y contundentes reformas legales», suponen abandonar la «llamada objetividad del recurso», sustituida por la subjetivación definitiva de la justicia administrativa, al proclamar el derecho a la tutela judicial efectiva de cualquier derecho material de que disponga el ciudadano «*como un verdadero derecho fundamental*» (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2007, 130 y ss.).

Se superan así, las singularidades, como se arrumban principios y criterios durante mucho tiempo considerados como esenciales de dicha jurisdicción y del Derecho Administrativo, entre ellos los abusivos privilegios del poder público en el terreno de la justicia, por cuanto «el juez contencioso tiene la obligación estricta de tutelar en su plenitud ese espacio sustancial de libertad, sólo desde el cual puede el hombre de hoy ser capaz de construir y proteger una vida personal y primaria, en su integridad». Esa es la definitiva conquista — al decir de GARCÍA DE ENTERRÍA— de «una jurisdicción plenaria y efectiva para garantizar de manera completa y plena, por primera vez en la historia, los derechos y libertades de los ciudadanos, frente a una Administración que había acertado a mantenerse en una inmunidad sustancial última en virtud de viejos y convencionales mitos cuidadosamente presentados como supuestamente derivados de la naturaleza de las cosas, y que escondían, simplemente, la conveniencia práctica de los administradores y su orgullo de titulares efectivos de un verdadero poder público, frente a una ciudadanía de menor rango, a la que correspondía, sobre todo obedecer». En el actual Estado de Derecho la Administración es concebida «como un aparato para el servicio integral de los ciudadanos» (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2009, 177 y ss.).

10. Seguramente, ni basta ni es apropiado quedarse en el debate acerca de la naturaleza predominantemente objetiva o subjetiva del proceso contencioso-administrativo, sobre al alcance y los límites del derecho a la tutela judicial efectiva y del control judicial del Gobierno y de la Administración, sobre la discrecionalidad administrativa, las medidas cautelares, los poderes del juez para la ejecución de las sentencias condenatorias de la Administración y aspectos conexos. Estos han sido y siguen siendo en buena medida, como se ha dicho (SÁNCHEZ MORÓN, 2001, 294-295), objeto de discusión recurrente, y sin perjuicio de su permanente interés,

dejan al margen otros tan o más necesarios si se «quiere contribuir al perfeccionamiento de la justicia administrativa», aunque de «naturaleza más prosaica», como son conocer cómo funciona o qué efectos reales pueden estar teniendo esas cuestiones en el desempeño de la actuación judicial. De nada sirve, en efecto, encerrarse en la «torre de marfil» del pensamiento teórico, desconociendo esa realidad.

Pero precisamente por no desconocerla, y sin abandonar el plano teórico, es lo cierto que el Derecho Administrativo y la justicia administrativa, tienen aún muchos retos y desafíos que es difícil desconocer y obviar. Algunos de ellos merecen ser siquiera enunciados. Entre ellos, el siempre problemático *alcance del control judicial*, que no deja de ofrecer diferentes aristas. Una de ellas, relativa a la «intensidad» de ese control (DÍEZ SÁNCHEZ, 1999, 265 y ss.), y que tal vez pueda reconducirse a lo que se denomina teoría del «control judicial suficiente». Al respecto, es del mayor interés la reflexión de CASAGNE, relativa a la significación ideológica de la justicia administrativa. A su juicio, consiste en matizar el carácter individualista que tiene como producto del Estado de Derecho en los ordenamientos positivos, resaltando la tensión que genera entre justicia y eficiencia —en cuya virtud el funcionamiento de los sistemas muestra que a mayor justicia menor eficiencia del sistema y viceversa—, considerando evidente que el criterio que mejor concilia con el principio de separación de poderes es el que consagra el control judicial más amplio posible (lo que se denomina «control judicial suficiente» conforme tiene establecido la Corte Suprema argentina). Es difícil no coincidir con dicho autor en que «lo que está en juego, es la protección jurídica de todos los derechos a través de la efectividad de la tutela judicial» (CASAGNE, 2007, 14 y ss.), si bien no dejamos de advertir la potencial ambigüedad de ese concepto y el amplio campo que se puede dejar en manos de los jueces y de la discrecionalidad judicial.

Igualmente complejo es diferenciar los ámbitos de responsabilidad que incumben a los poderes ejecutivo y judicial, en orden a establecer los límites del control judicial. El mismo autor señalará que los límites que surgen de la interpretación constitucional y de los principios generales del derecho público muestran la configuración de un núcleo de competencias administrativas y legislativas que el juez no puede traspasar (aunque sí controlar su constitucionalidad y legalidad) sin afectar al equilibrio entre los poderes, aunque, en definitiva, se trate de un equilibrio relativo y flexible entre órganos, poderes y funciones (CASAGNE, 2007, 26). KHAL

—en el caso alemán, que puede ser aplicado al resto de ordenamientos tratados—, nos recuerda que la Administración, es bajo la Constitución, un poder público independiente y legitimado democráticamente, al que la jurisprudencia ha reconocido, por ello, una esencia no extraíble del ámbito de responsabilidad propio del Ejecutivo, de modo que la libertad de ponderación del Ejecutivo puede considerarse garantizada y, también, en algunos casos, la de la Administración. Lo que no es obstáculo para que exista una doctrina minoritaria favorable a atribuir además a la Administración un margen de discrecionalidad respecto de los conceptos jurídicos indeterminados que residen en el supuesto de hecho de la norma, si bien esa postura es rechazada por la doctrina mayoritaria que, con fundamento en el art. 19.4 de la constitución, mantiene exigir un análisis individual de la norma e incluso una habilitación legislativa para atribuir a la Administración la competencia de la última decisión (KHAL, 2010, 74). En esa misma línea, MUÑOZ MACHADO, al enumerar algunos de los problemas y acechanzas que sufre o a las que se somete el Estado social y democrático de Derecho, advierte de los «nuevos poderes discrecionales» que ostenta la Administración. Sin perjuicio de la tarea llevada a cabo por generaciones de administrativistas y de tribunales de lo contencioso-administrativo al unísono, dedicada a luchar contra la arbitrariedad de la Administración, transformándola, primero, en un poder discrecional legítimo y, después, reconduciendo esa discrecionalidad a límites adecuados para evitar que se abuse de ella, apreciará que «sigue siendo inquietante la absoluta libertad que se reconoce a la administración al aplicar sus potestades sancionadoras, o la falta de remedios útiles frente a algunas formas de inactividad de la Administración, o la resistencia todavía a declarar caducados los procedimientos cuya paralización es imputable a un órgano administrativo, o cómo en el ámbito de la inspección tributaria quedan también hábitos inencontrables en cualquier otro sector de la actividad administrativa» (MUÑOZ MACHADO, 2008, 12).

No menor relevancia presenta la tendencia hacia lo que KHAL denomina «*Estado administrativizado*» referido a su país, y que fundamenta en las importantes determinaciones que han derivado para el Derecho administrativo del «*concepto de Estado de Derecho Ecológico (Estado social ecológico)*», a partir de la reforma constitucional del art. 20 que entró en vigor el 15 de noviembre de 1994 (tras la reunificación), y con la cual el Estado liberal de Derecho es completado con el Estado de Derecho (material) o Estado social (art. 28). Del conjunto observa aquella tendencia, cuyo

principio vital es la expansión permanente y en aumento de un Estado regulador, que conduce masivamente a gravar la libertad del individuo (KHAL, 2010, 77, anotando que ese fenómeno no puede considerarse «*típicamente alemán*», vista la situación interna de otros Estados europeos). A ello, de múltiples formas quizás no tan elocuentes se viene refiriendo la doctrina —a uno y otro lado del Atlántico—. Así, por ejemplo (CASAGNE, 2007, 26-27), precisando la ampliación del ámbito judicial que en el plano objetivo no sólo tiene como objeto la protección judicial de los derechos subjetivos clásicos, sino nuevos derechos constitucionales (participación, salud, medio ambiente, etc.) y nuevas técnicas de legitimación (intereses legítimos, o la justicia cautelar, o ámbitos nuevos debidos a la ampliación del papel del Estado —competencia, protección de los consumidores—) o la ruptura de la prevalencia del derecho nacional (tratados), de donde surge ese significativo activismo procesal y aumento de la judicialización, o reforzar la función de los jueces como poder del Estado, que además no quedan limitados a la mera actividad silogística de aplicar la ley, sino que contribuyen decisivamente a la realización de la justicia material.

Cualquiera de esos elementos y/o presupuestos, tiene, en efecto, notable relevancia y constituye en muchos casos fuente de incertidumbre, entre otras razones, por su problemática determinación o por su diferente tratamiento legal y jurisprudencial. Lo ilustra convincentemente el ya citado profesor alemán, primeramente con las referencias doctrinales y posteriormente con las posiciones jurisprudenciales. La doctrina alemana da cuenta —dirá— de que desde comienzos de los años noventa del siglo pasado, la Administración alemana, y con ella también el Derecho Administrativo, se encuentran en proceso de cambio. Un proceso que aún no ha concluido y que está ligado a distintas palabras clave como europeización, internacionalización, privatización, garantía, regulación, economización, informatización o gestión de riesgos en condiciones de incertidumbre, entre otros. La ciencia jurídica acompaña ese cambio con la exigencia de reorientar los fundamentos metodológicos del Derecho administrativo de modo que se abandone el método jurídico tradicional o clásico a favor de una gobernanza interdisciplinaria. En cuanto al plano judicial, apreciando que si bien la jurisprudencia del TC se caracteriza por una tendencia hacia la desconstitucionalización renunciando al control judicial y entregando al legislador un ámbito de configuración en ciertos derechos (como los económicos en sentido amplio, dinero, mercado y economía), dicha tendencia corre paralela, en gran medida, a la teoría de una más

estricta garantía del contenido de los derechos fundamentales, donde se observa más bien la pretensión contraria de ampliar aún más la dimensión objetiva y con ello el control judicial en interés de la protección frente a las debilidades del poder (KHAL, 2010, 68 y ss.).

El ámbito del Derecho administrativo de la regulación, se presenta al respecto como uno de los grandes frentes. De un lado, porque se postula en ese ámbito «una discrecionalidad y una reducción de la intensidad del control judicial, en consideración a un supuesto tecnicismo o complejidad en la materia» (KHAL, 2010,74). De otro, por la inseguridad derivada de las nuevas disposiciones. A este propósito, por ejemplo, subraya MUÑOZ MACHADO que «*la libertad se amplía pero la seguridad se estrecha*», aludiendo a la ausencia en las normas que menciona (regulaciones por silencio administrativo) de los procedimientos, contenidos y garantías frente a los actos posteriores de verificación y control de la Administración, en contraste con el régimen de las autorizaciones previas en las que a éstas impone el legislador, como requisito, que sean regladas, claras, objetivas, imparciales, transparentes, otorgadas conforme a ordenamientos conocidos, etc. (MUÑOZ MACHADO, 2010, 77). Asimismo, por el estatuto, funcionamiento y potestades de los organismos de garantía o autoridades independientes. Al respecto, se destacan de estos organismos las diversas funciones que desarrollan, que en unos casos cuentan con jueces para solucionar controversias determinadas; en otros se erigen en verdaderos organismos de control de la actividad económica con facultades para sancionar a las empresas controladas; y en otros adoptan o contribuyen a adoptar normas jurídicas de contenido general. Cuando es creador de normas jurídicas, se erige en una autoridad independiente del voto expreso de los ciudadanos, y «*su poder se acerca más al de un déspota iluminado, que al de un político*». Por eso, en algunos sectores de la economía, la producción de Derecho y el nacimiento de los nuevos derechos, constituyen en realidad, el fruto de la tecnocracia, no de la política, tal como ésta ha sido tradicionalmente concebida» (FRANZONI, 2009, 76-77). En este sentido, MUÑOZ MACHADO tras aludir a los logros que en la materia se han conseguido reduciendo las arbitrariedades de los poderes públicos, advertirá de que no debemos dormirnos en los laureles, «*quedan inmunidades inconcebibles, y a cada paso, se abren nuevos frentes de batalla: por ejemplo, el enorme poder discrecional, creciente, imparable e imponente de las agencias, comisiones o autoridades reguladoras de la economía... que adoptan decisiones poco predecibles... habiendo importado tales técnicas de regulación de*

los mercados, muy rápidamente, al paso veloz en que la economía europea se liberalizaba y la competencia se convertía en su deus ex machina. Sabemos muy poco, sin embargo, de su funcionalidad completa y, sobre todo, de su control. A esto se dedica casi todo el Derecho Administrativo práctico en los países de origen» (MUÑOZ MACHADO, 2008, 13).

Esta última deducción, da pié a introducir la cuestión —trascendente en cualquier caso pero especialmente en el plano que nos ocupa— de los productos normativos, o más claramente de la calidad de las normas. Gráficas y significativas son las apreciaciones de T.R. FERNÁNDEZ dando cuenta de la banalidad e incoherencia y arbitrariedad de las leyes, lo que permite a la literatura jurídica que cita, hablar por ello de Leyes desechables, de usar y tirar, de neutrones legislativos, porque con frecuencia muchos de los preceptos de este nuevo tipo de leyes carecen de carga jurídica; de derecho en estado gaseoso, de la ley como instrumento de la política-espectáculo, etc., etc. (FERNÁNDEZ, 2008, 40). También las de FRANZONI al indicar que con la excepción de algún caso cualitativamente importante, todos los operadores desconfían de la actividad de un Legislador que, enfrascado en el debate político, no busca la creación de un buen Derecho, por lo que enraiza más la idea de que las exigencias derivadas de la sociedad cambiante se logran mejor mediante la actividad interpretativa desarrollada por los operadores jurídicos, que a través de la creación de un nuevo Derecho estatal (FRANZONI, 2009, 83).

Y, asimismo, ofrece la oportunidad de introducir la especialmente compleja problemática de la incertidumbre que, al decir de ESTEVE PARDO «se presenta como un rasgo característico y hasta definitorio de la época en que vivimos», y que en su expansión sus efectos afectan al «elemento estructural» del sistema jurídico, la seguridad jurídica. El análisis que efectúa del impacto de la incertidumbre en el derecho y de las estrategias que éste desarrolla para afrontarla «y sobre todo para cumplir con su función de decidir», resulta extraordinariamente esclarecedor del reto que la política y el derecho tienen por delante, especialmente cuando la actividad de ambos tiene «en su núcleo un marcado componente científico», produciendo «con una frecuencia creciente y preocupante, decisiones políticas y jurídicas muy relevantes en materias en las que existe una reconocida incertidumbre científica». La certeza y la seguridad jurídica se desvanecen, pero del cerco de la ciencia no puede escapar «el derecho, cargado como está con la responsabilidad de decidir, sobre todo cuando se activan determinados mecanismos administrativos o judiciales». Entre los muchos retos que la

ciencia plantea al derecho, «*el de la responsabilidad por las decisiones adoptadas en situación de incertidumbre*» es uno de los más evidentes, necesitando un «*nuevo marco jurídico que afronte las responsabilidades por las decisiones de un poder jurídico obligado a decidir en situaciones de incertidumbre*» (ESTEVE PARDO, 2009, 10 y ss.)

11. Estas cuestiones, sin duda, centrarán los debates y los análisis jurídicos en los ordenamientos europeos, al margen de otros muchos temas novedosos o recurrentes. Algunos de ellos, generalizables, como los debidos a la globalización y cooperación internacional (SCHMIDT-ASSMANN, 2006, 7 y ss, acerca del control judicial de la cooperación administrativa internacional). Otros más o menos comunes, en según qué países, como la lentitud de la justicia administrativa (MOREAU, 2009, 7, en alusión a la justicia francesa y a la responsabilidad judicial derivada de la duración indebida del proceso); las carencias, insuficiencias y deficiencias de la justicia (NIETO, 2007, refiriéndose a la justicia como servicio público; BOCANEGRA SIERRA, 2003, 15 y ss., comentando críticamente la planta judicial española en comparación con la de otros países europeos), o la falta de especialización de los jueces y magistrados (SÁNCHEZ MORÓN, 2001, 306; BOCANEGRA SIERRA, 2003,24). Específicos, al menos de España, seguirán siendo: la politización de la justicia y la judicialización de la política (DÍEZ SÁNCHEZ, 1999, 21 y ss.); la saturación sino el colapso del sistema judicial (MARTÍN REBOLLO, 2009, 1164 y ss., ofrece las dimensiones del problema en el ámbito contencioso-administrativo); las permanentes reformas puntuales de la ley jurisdiccional (la última, profunda en la esfera orgánica, a través de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial); la justificación de los recursos administrativos previos; el enjuiciamiento en única instancia (tras el Instrumento de Ratificación por España del Protocolo nº 7 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales —BOE, 15 octubre 2009—); o, para concluir, el abuso en la utilización de la ley para encubrir actos administrativos o disposiciones generales, eludiendo el control judicial contencioso-administrativo.

En otra perspectiva, podrán ser objeto de valoración asimismo, nuevas propuestas como la de GONZÁLEZ-VARAS que propone una tercera etapa histórica o evolutiva respecto al sistema procesal subjetivo actual, con la finalidad de «*lograr adecuar de una vez por todas la justicia administrativa a los intereses reales de todas las partes en conflicto*», mediante la implantación de un procedimiento contencioso-administrativo preventivo. En este

sentido, la justicia preventiva, tal y como propugna, consiste en un procedimiento con propia entidad en virtud del cual se realiza un enjuiciamiento de fondo sobre la cuestión litigiosa, dejando ésta resuelta, sin perjuicio de la posibilidad de revisión de la decisión adoptada. Se resuelve en cuanto tal, la cuestión litigiosa de fondo, aunque sea de manera preventiva, es decir, impidiendo que se dicte un acto administrativo o reglamento o se realice una actuación administrativa. Tendría carácter excepcional —en relación con las medidas cautelares en sentido estricto—; sería aplicada a través de procedimientos especiales —que denomina precontencioso judicial—, ya a través de órganos administrativos especializados, órganos mixtos con composición especializada, o directamente en sede judicial mediante la delegación de la sala en jueces especializados. A diferencia de la tramitación de las medidas cautelares, la justicia preventiva no afirma la paralización del proceso principal, sino que más bien, «introduce un procedimiento cuya finalidad es prevenir frente a una futura actuación administrativa, antes de que ésta se haya dictado, a efectos de impedir un resultado fáctico que amenaza consolidarse y que puede frustrar el derecho subjetivo del interesado a pesar de la resolución judicial estimatoria» (GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, 2004, 42 y ss.).

12. Desde luego, la tarea judicial constituye el freno más eficaz contra la omnipotencia legislativa y la arbitrariedad de los funcionarios públicos, así como para combatir la corrupción (CASAGNE, 2007, 28). También frente a, entre otras, las inaceptables medidas o intervenciones públicas que restringen, limitan u ofenden directamente y sin justificación los derechos fundamentales, y las «*más taimadas que sofocan su pleno disfrute o disuaden de su completa utilización*» (MUÑOZ MACHADO, 2008, 13). La justicia administrativa plenamente normalizada, desplegando esa majestuosa potestad plenaria, deberá contribuir a hacer realidad ese derecho fundamental que es la tutela judicial efectiva, frente a los actos del poder. Confiamos en que el reto se afronte sin quebras ni fisuras, y que todos los poderes públicos contribuyan de forma activa y diligente a respaldar el Estado de Derecho, compatibilizando adecuadamente los valores formales y materiales que son consustanciales a su actual concepción como Estado social y democrático.

En el bien entendido, de que el contencioso-administrativo, como en general todo el Derecho, como señala MARTÍN REBOLLO «es una condición necesaria pero no suficiente» para lograr objetivos como el de mejorar el funcionamiento y la prestación de muchos de los servicios públicos que la

Administración tiene encomendados. Pero con todo, el contencioso-administrativo «es un instrumento fundamental. No sólo como elemento de control, garantía individual y técnica de protección, sino también como un factor político de primera magnitud porque, como todo proceso, no se limita a solventar problemas individuales sino que contribuye a moderar los conflictos y a encauzarlos, a jugar un papel simbólico y ejemplificador, y, en ese sentido y por ello mismo, constituye una valiosa técnica de integración social al servicio, como todo el Derecho, de la convivencia ciudadana» (MARTÍN REBOLLO, 2009, p. 1184).

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO GARCÍA, R. y TORRES MURO, I. (2000), «*La ley británica de derechos humanos (Human Rights Act 1998): una evolución a conciencia*», en REDA, nº 105, pp. 5-36.
- BOCANEGRA SIERRA, R. (2003), «*Consideraciones sobre la planta de la jurisdicción contencioso-administrativa (Modelo español y modelos comparados)*», en RAP, nº 161, pp. 15-52.
- BRADLEY, A.W. (2009), «*Relaciones entre Ejecutivo, Judicial y Parlamento: ¿Alguna evolución?*», (Traducción S. MUÑOZ MACHADO y Marta CARRO MARINA), en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 1, pp. 20-31.
- CARTEI, G.F. y GARDINI, G. (2005), «*La tutela del interés legítimo en el ordenamiento italiano: Nuevas perspectivas para el ciudadano*», en RAP nº 167, pp. 423-439.
- CASAGNE, J.C. (2007), «*El sistema judicialista y la llamada judicialización de la actividad de la Administración Pública*», en REDA, nº 133, pp. 5-28.
- CHINCHILLA, C. (1998), «*La ejecución de sentencias en el Derecho italiano: il giudizio di ottemperanza*», en REDA, nº 59, pp. 427-444.
- CHITTI, M.P. (2009), «*Am Deutschen Volke (Primera nota sobre la sentencia del BundesVerfassungsGericht, de 30 de junio de 2009, sobre el Tratado de Lisboa y su aplicación en Alemania)*». Traducción de J. MUÑOZ Cañas, en *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, nº 7, pp. 4-9.

- DÍEZ SÁNCHEZ, J.J. (1999), *Razones de Estado y Derecho*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia.
- (2004), «Comentarios en torno a la Ley del proceso contencioso-administrativo del Perú», en *RAP*, nº 165, pp. 327-351.
- ESTEVE PARDO, J. (2009), *El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*. Marcial Pons. Madrid.
- FERNÁNDEZ, T.R. (2008), «De la banalidad a la incoherencia. Una crónica sobre el proceso, al parecer imparable, de degradación de la Ley», en *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, nº 0, pp. 38-45
- FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. (2001), «Nuevas tendencias de la justicia administrativa en Italia: Hacia algunas quiebras de la distinción entre intereses legítimos y derechos subjetivos», en *RAP*, nº 154, pp. 501-540.
- FRANZONI, M. (2009), «Los viejos y los nuevos derechos en la sociedad cambiante». (Traducción de M. Medina Alcoz), en *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, nº 1, pp. 70-83.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1999), «Perspectivas de las justicias administrativas nacionales en el ámbito de la Unión Europea», en *REDA*, nº 103, pp. 401-411.
- (2000), «Contencioso administrativo objetivo y contencioso-administrativo subjetivo a finales del siglo XX. Una visión histórica y comparatista», en *RAP*, nº 152, pp. 93-105.
- (2003), «El nuevo Código portugués del proceso de los Tribunales Administrativos», en *RAP*, nº 162, pp. 421-426.
- (2007), *Las transformaciones de la Justicia administrativa: de Excepción Singular a la Plenitud Jurisdiccional ¿Un cambio de paradigma?*. 1ª ed. Thomson-Civitas. Cizur Menor (Navarra).
- (2009), «La formación y el desarrollo en Europa de la Jurisdicción contencioso-administrativa. Su adquisición definitiva de un status de jurisdicción plena y efectiva», en *RAP*, nº 79, pp. 167-183.
- GNES, M. (2005), «I limiti del potere d'urgenza», en *Revista Trimestrale di diritto pubblico*, nº 3, pp. 641-704.

- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. (2004), «*Hacia un modelo contencioso-administrativo preventivo. El ejemplo de la ejecución de las sentencias anulatorias de un plan urbanístico*», en RAP n° 163, pp. 41-72.
- KHAL, W. (2010), «*La Administración en el Estado de Derecho de Alemania: entre la tradición y el cambio*». (Traducción M^º J. BOBES SÁNCHEZ), en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n° 10, pp. 68 a 77.
- MARI, A. (2008), «*Il giudice amministratore: ordine di ottemperare e qualificazione giuridica delle attività conseguenti*», en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n° 3, pp. 647-694.
- MARTÍN DELGADO, I. (2004), «*La ejecución provisional de las sentencias contencioso-administrativas en Italia*», en RAP, n° 165, pp. 353-377.
- MARTÍN REBOLLO, L. (2009). *Leyes administrativas*. 15^ª ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).
- MOREAU, J. (2009), «*La responsabilidad del Estado por el funcionamiento de las jurisdicciones administrativas en Derecho francés*». (Traducción M. Delhaye), en *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, n° 5, pp. 4-11.
- MUÑOZ MACHADO, S. (2008), «*El Cronista del Estado social y democrático de Derecho. Ideas y propósitos*», en *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, n° 0, pp. 4-15.
- MUÑOZ MACHADO, S. (2010), «*Las regulaciones por silencio (Cambio de paradigma en la intervención administrativa en los mercados)*», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n° 9, pp. 70-79.
- NIETO, A. (2007), «*La Administración de Justicia y el Poder Judicial*», en RAP, n° 174, pp. 31-47.
- PEREIRA DA SILVA, V. (2000), «*La Constitución portuguesa y el contencioso-administrativo*», en *Documentación Administrativa*, n° 257-258, pp. 231-261.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. (2001), «*Sobre la situación de la justicia administrativa en los albores del siglo XXI*», en RAP, n° 154, pp. 293-322.

- SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (2004), «*Los controles sobre la actuación de las Administraciones Públicas*», en *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, INAP, Madrid, pp. 179-212.
- SCHMIDT-ASSMANN, E. (2006), «*La Ciencia del Derecho Administrativo ante el reto de la internacionalización de las relaciones administrativas*», (Traducción O. Mir Puigpelat), en RAP, nº 171, pp. 7-34.
- SORACE, D. (2005), *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*. 3ª ed., Il Mulino. Bologna.