

LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA
EN EL CAMBIO DE SIGLO

SUMARIO: I. *Introducción.*

- II. *El fundamento histórico de la justicia administrativa.*
 - III. *Los orígenes del contencioso-administrativo.*
 - IV. *La formación de los recursos y en especial el de exceso de poder.*
 - V. *El paso a la «justicia delegada» y la definitiva independencia orgánica de la justicia administrativa.*
 - VI. *La extensión del contencioso-administrativo y la aparición de nuevos modelos distintos del francés.*
 - VII. *La lucha del contencioso-administrativo contra las inmunidades del poder.*
 - VIII. *El desmoronaje del objetivismo y la recuperación para el contencioso-administrativo del sentido subjetivo de la justicia. El derecho a la protección contencioso-administrativa como un derecho fundamental de los ciudadanos.*
 - IX. *La generalización de un sistema de medidas cautelares.*
 - X. *Exclusión de las vías administrativas previas.*
- CONCLUSIÓN.

La justicia administrativa es una creación jurídica completamente nueva, sin raíces en los grandes fundamentos del Derecho Occidental, el Derecho Romano, el Derecho Germánico, el *ius commune* medieval o moderno, el *common law*, el Derecho Natural y de Gentes. Surge a fines del siglo XVIII, con la Revolución Francesa; se afirma consistentemente en el XIX, conocerá un espectacular despliegue a lo largo del XX y se nos aparece ahora, al comenzar el siglo XXI, ya virtualmente cerrado, apenas precisado ya de algún retoque último, dispuesto como un modelo universal, como una de las piezas centrales e ineludibles de lo que hoy llamamos Estado de Derecho.

La exigencia de una justicia administrativa, tan novedosa, aparece en la Revolución Francesa y se concretará en una pieza institucional clave, el Consejo de Estado, cuya vitalidad y desarrollo acertará a plasmarse en Francia. De ahí pasará en el propio siglo XIX a los Estados europeos que han organizado sus Administraciones respectivas sobre el modelo francés. En la segunda mitad del siglo XIX se hablará de un modelo belga, en el que la jurisdicción se entrega a los jueces ordinarios, modelo que seguirán Italia y varios Estados alemanes y España tras la revolución liberal de 1868. Durante el siglo XX la justicia administrativa se extenderá a todos los países europeos, siendo relevante el influjo de fuentes ya no exclusivamente francesas, como la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, especialmente la referente al artículo 6 del Convenio de Roma de 1950 que dicho Tribunal aplica (precepto que asegura una protección judicial efectiva a los «derechos civiles», expresión

que ha de acogerse a su versión oficial inglesa, «*civil rights*», en lugar de la francesa «*droits civils*», mucho más restrictiva. Lo que ha permitido incluir en la garantía de dicho artículo la mayor parte de la materia contencioso-administrativa: por virtud de ese influjo se han debido establecer sistemas de justicia administrativa en Suecia y Holanda, que vivían aún parcialmente sobre el arcaico sistema de la «justicia retenida», que el Tribunal entendió que no respetaba dicho artículo 6). La consolida el des-tacamiento resuelto del Estado de Derecho por el constitucionalismo de la segunda postguerra, especialmente por la *Grundgesetz* alemana, en particular su relevante artículo 19.4; los países anglosajones concluyen por adoptar el sistema. Gran Bretaña a partir del *Report on Minister's Powers* de 1932, con una extensión resuelta del control judicial (*judicial review*) por Sentencias de los Lores en los años sesenta, recogida, finalmente, en un procedimiento específico en 1977 (*Orden 53 of the Rules of the Supreme Court*, ratificada por la *Supreme Court Act* de 1981); EE.UU. a través de la *Federal Administrative Procedure Act* de 1947.

A su vez, el sistema francés originario y autóctono, desarrollado por la jurisprudencia del Consejo de Estado, va a conocer un espectacular cambio de paradigma mediante intervenciones del legislador y del poder reglamentario en el último cuarto del siglo XX, acusando ya Francia misma incluso una cierta influencia del sistema alemán.

En España, serán decisivas las Leyes de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956 y 1998, que han per-filado un sistema netamente avanzado.

Vamos a estudiar lo que un teólogo católico llamó el «desarrollo homogéneo» refiriéndose a la historia de los dogmas y que nosotros vamos a aplicar a ese sistema de

justicia administrativa. En lugar de hacerlo por países o por simple sucesión temporal, nos parece más interesante intentar articularlo alrededor de los motivos que sucesivamente han ido definiendo y configurando el sistema, que hoy puede decirse ya general (aunque persistan todavía importantes particularidades y matices nacionales).

II

El fundamento histórico de la justicia administrativa

La justicia administrativa como institución y como técnica es un fruto directo e inequívoco de la Revolución Francesa. Ésta acogió, dándole plena cobertura institucional, a uno de los principios básicos que, con base en Locke, había formulado sobre todo Rousseau. Se trataba de instituir, en los términos explícitos de Rousseau, «una forma de gobierno que ponga a la Ley por encima del hombre». Nadie puede mandar en la sociedad por virtud de cualquier hipotética superioridad moral, fundada en cualquier título, sino sólo «en virtud de la Ley». En sus *Lettres écrites de la Montagne*, Rousseau lo expresa así:

«Un pueblo libre obedece, pero, no sirve; tiene jefes, pero no dueños: obedece a las Leyes, pero nada más que a las Leyes y es por fuerza de las Leyes por lo que no obedece a los hombres.»

Esta concepción sobre el modo de articulación del poder con los hombres libres, radicalmente nueva, pasará a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, el documento básico proclamado por los nuevos poderes revolucionarios. Su artículo 5 precisa:

«Todo lo que no está prohibido por la Ley no puede ser impedido y nadie puede ser forzado a lo que la Ley no ordena.»

Y el artículo 7. a propósito del poder punitivo, que ha sido siempre el gran instrumento del imperante para forzar la obediencia, dice: Nadie puede ser acusado ni condenado

«más que en los casos determinados por la Ley y según las formas que ella prescribe».

Y concluye:

«Sólo cuando un ciudadano es llamado a obedecer en virtud de la Ley debe obedecer al instante.»

La legalización general del poder y de la obediencia hace así su entrada solemne en la historia. Es el sistema que los revolucionarios llamarán del «reino de la Ley», concepto que se grabará en las primeras monedas revolucionarias —por cierto, mientras que en la otra cara de éstas figuraba la cabeza del Rey Luis XVI, aún incorporado a la construcción revolucionaria expresada en su primera Constitución, la de 1791.

Hasta entonces la Administración había sido un instrumento personal del poder del monarca, beneficiaria, por tanto, de sus mismos atributos (soberanía, *legibus soluta*, capaz de quebrantar Leyes y de otorgar exenciones o privilegios, exenta de controles externos y, por supuesto, del juez). Esta situación va a sufrir un cambio espectacular, el más significado de la historia de la Administración: ésta pasará a ser una organización regulada por la Ley, tanto en su organización como en su actividad, una organización llamada, en su virtud, a ejecutar la Ley y no cualesquiera ocurrencias de sus agentes.

Es evidente que ese sometimiento a la Ley necesita, para ser efectivo, alguna garantía. Rousseau mismo, que es quien tan explícitamente habla formulado por vez pri-

mera el principio de legalidad de la actuación de cualquier autoridad pública, en la *Lettre IX de las érites de la Montagne*, no pudo dejar de apercebir esa exigencia, tanto lógica como práctica.

«No habría libertad en un Estado —dice— en el que el cuerpo encargado de la aplicación de la Ley tuviese derecho a hacerla hablar según su fantasía, puesto que podría hacer ejecutar como Leyes sus voluntades más tiránicas.»

Sólo un control objetivo de esa sujeción a la Ley puede hacer efectiva la voluntad de ésta.

La exigencia de ese control de la observancia de la legalidad por los agentes públicos viene exigida, además, por otros dogmas revolucionarios, especialmente por el principio de la responsabilidad de dichos agentes. El artículo 15 de la Declaración de Derechos de 1789 dice, en efecto:

«La sociedad tiene el derecho de pedir cuentas a todo agente público de su administración.»

En la Asamblea Constituyente un diputado dirá:

«Vosotros tenéis el poder de los ministros, pero les hemos impuesto la ley tranquilizadora de la responsabilidad.»

Responsabilidad es dación de cuentas de los actos y la eliminación de éstos si no son los debidos.

III

Los orígenes del contencioso-administrativo

Todo lo expuesto no son deducciones abstractas, sino que en seguida van a encontrar su precisa traducción ins-

tutucional. La primera Constitución revolucionaria, la de 1791, obra de la Asamblea Constituyente, la gran protagonista de la Revolución, dirá en el artículo 4 del Título III, Capítulo IV, Sección II:

«Pertenece al poder legislativo determinar las reglas y el modo de sus [de los administradores] funciones, tanto sobre los objetos expresados más arriba como sobre todas las otras partes de la Administración interior.»

Pero este principio, según el cual la Ley determina respecto a la Administración de una manera precisa «las reglas y el modo de sus funciones», comprendiendo «toda la Administración interior», consagrado así en la primera Constitución revolucionaria, no va a quedar en un mero enunciado abstracto. La propia Constitución, inmediatamente, se preocupa de hacer eficaz ese sometimiento implantando un sistema de control de la observancia de la Ley. El artículo siguiente del mismo Título y Capítulo, el 5, precisa, en efecto:

«El Rey [entiéndase el Gobierno] tiene el derecho de anular los actos de los administradores de departamento contrarios a las Leyes o a las órdenes que él les haya dirigido.»

(El Rey es aquí el Consejo de Ministros, llamado aún *Conseil d'État*: Ley de 27 de abril de 1791).

Y aun el siguiente artículo, el 6, determina que

«los administradores de departamento tienen el mismo derecho de anular los actos de los subadministradores de distrito contrarios a la Ley o a las órdenes de los administradores de departamento o que éstos les hubieran transmitido».

Se instituye, pues, no sólo el principio de la vinculación de la Administración a la Ley, sino también un correlativo sistema de control para que los administradores no puedan apartarse de tal vinculación. El sistema de control es el jerárquico y el efecto del control es la anulación de los actos contrarios a la Ley.

No es casual ese sistema interno de control, supuesto que no podían ser los jueces quienes lo ejercieran. La famosa Ley de separación entre los Poderes ejecutivo y judicial, que había plasmado «la interpretación francesa del principio de división de los poderes», la Ley de la Asamblea Constituyente de 16-24 de agosto de 1790 (anterior, pues, a la Constitución de 1791, pero que ésta, por cierto, confirma: Título III, Capítulo V, artículo 3) había formulado el principio esencial, alrededor del cual se construirá todo el Derecho Administrativo francés:

«Las funciones judiciales son y permanecerán separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán, bajo pena de prevaricación, interferir [*troubler*, molestar], de cualquier manera que sea las operaciones de los cuerpos administrativos ni citar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones.»

Estando, pues, excluidos los jueces del control de la Administración, sólo esta misma podría controlar internamente la efectiva observancia de la Ley por sus miembros. *Juger l'Administration c'est encore administrer*, pasa a ser un principio que domina los orígenes de esta materia, consecuentemente. Por ello, Esméin, en su clásico *Précis de l'histoire du droit français de 1789 à 1814*, 1908, vio en esas reglas de la Constitución de 1791 el origen del controlioso-administrativo.

La Constitución directorial del año III mantiene el sistema del control de la legalidad mediante recursos inter-nos de anulación, artículos 193 y siguientes. Una serie de Leyes especiales siguen el mismo criterio de encomendar la resolución de los recursos a órganos administrativos. Burdeau sitúa aquí las raíces de un sistema contencioso-administrativo propiamente dicho.

Pero la instauración definitiva del contencioso-administrativo será la obra de Napoleón, según es bien conocido. Hasta entonces, Ministros y autoridades departamentales acumulaban las funciones de administrar y de decidir recursos. La Constitución del año VIII, completada por la Ley de 28 pluvioso del mismo año VIII, crean órganos especializados en la resolución de impugnaciones de los ciudadanos contra los actos de la Administración, el *Conseil d'État* la Constitución, artículo 52, y los Consejos de Prefectura la citada Ley. En 1806 (Decretos de 11 de junio y 22 de julio) se singulariza en el seno del *Conseil d'État* la *Commission du contentieux* y se ponen en pie las primeras reglas de procedimiento para estos asuntos, que quedan así separados de los generales consultivos de que el *Conseil* continúa conociendo.

Ha surgido así el primer contencioso-administrativo propiamente tal, confiado a un órgano especializado, aunque en la forma (obligada en virtud del principio básico de separación de autoridades) de «justicia retenida»: el *Conseil d'État* propone y es el Gobierno quien decide.

IV La formación de los recursos y en especial el de exceso de poder

Rápidamente, con una notable penetración, el Consejo de Estado organiza un verdadero sistema del contencioso-administrativo y acierta a desplegar una jurisprudencia cada vez más precisa y coherente, que concluye articulando un sistema de Derecho Administrativo, en el sentido moderno de la expresión.

El primer recurso que se configura es el que se llamará más tarde «de plena jurisdicción», en el que se intenta sustituir al juez que tenía prohibida su intervención, como sabemos, en las diferencias entre la Administración y los administrados, en el seno de relaciones patrimoniales en que ambos son partes: contratos, relaciones de propiedad, venta de bienes nacionales, etc. Estas relaciones cuyos conflictos se hacen susceptibles de ser discutidos ante el Consejo de Estado se determinan casuísticamente, en las propias normas que las regulan o en una lista *ad hoc*. La Administración no podía, sin faltar a su buena fe, resolver esas contiendas unilateralmente y ofrecía una vía cuasi procesal, la que ofrecía la seriedad de funcionamiento del Consejo de Estado, para que esos enfrentamientos pudiesen ser resueltos con garantías de objetividad. De hecho, el Ejecutivo aceptaba normalmente las propuestas de resolución que le elevaba el Consejo de Estado, cuya calidad técnica garantizaba esa objetividad.

Pero, paralelamente a esa vía principal, el Consejo de Estado va a comenzar por tomar en consideración las denuncias que los ciudadanos le elevan de irregularidades graves cometidas por la Administración. Sobre esta materia concluirá por formarse un nuevo recurso, al que se

llamará de exceso de poder y que consiste en atender la denuncia de las irregularidades administrativas más graves: incompetencia, en primer término, inicialmente los *empiétements* sobre la competencia judicial, más tarde otras incompetencias por razón de la materia o del grado jerárquico, formas procedimentales más adelante, en fin, la violación de Ley y la desviación de poder. A finales del siglo XIX el exceso de poder ha pasado resueltamente al primer plano del contencioso-administrativo y el recurso continuará su evolución. En la segunda postguerra del siglo XX se ponen a punto nuevas «aperturas» o motivos de fondo del recurso: violación de los principios generales del Derecho, error en la apreciación de los hechos (lo que los alemanes y nosotros llamamos hoy control de los conceptos jurídicos indeterminados). Todo el Derecho Administrativo material concluye por ser fiscalizado por el recurso de exceso de poder.

Pero este recurso, por su origen y por su evolución, se configura con un carácter esencialmente «objetivo», esto es, como una valoración abstracta de la legalidad del acto impugnado, que concluye con un único pronunciamiento posible: o absolución, si el acto fuese legal, o anulación, si se acredita su ilegalidad. La posición personal del recurrente no entra en juego. Es verdad que se le exige la invocación de una *qualité pour agir* o legitimación como requisito de admisión de su recurso, lo que se concreta en la existencia de un *grief* que el acto impugnado le cause, pero esta exigencia se interpreta como un mero «requisito de seriedad», para evitar la *actio popularis*; es la puerta de entrada al recurso, que, una vez franqueada, deja de tomarse en consideración, puesto que el fondo se limita a enjuiciar la legalidad abstracta del acto impugnado y anular éste si tal legalidad se acredita violada, sin otras consecuencias.

V

El paso a la «justicia delegada» y la definitiva independencia orgánica de la justicia administrativa

En 1872, con el fin traumático del II Imperio, Francia da el paso decisivo de pasar de una «justicia retenida», aún en manos del Gobierno, a un sistema de «justicia delegada» y ya independiente. El Consejo de Estado no se limitará ya a proponer un proyecto de sentencia al Gobierno (aunque ha de reconocerse que éste usó raramente su facultad de disentir de la propuesta y redactar él mismo el texto final del *arrêt*), sino que recibe de la Ley todos los poderes necesarios para resolver él mismo, por propia autoridad. La justicia administrativa se instituye así como una verdadera justicia independiente, paso decisivo.

Subsisten, no obstante, los límites del *excès de pouvoir* en cuanto recurso objetivo. Éste se configura así como un «proceso al acto», en expresión clásica de Laferrière, reiterada hasta hoy mismo, en el que incluso se niega la existencia de verdaderas «partes» procesales. Su limitación a la anulación o a la absolución del acto, la exclusión, por tanto, de cualquier sustitución de su contenido por parte del *arrêt* del Consejo de Estado, la inadmisión radical de sentencias de condena a hacer o no hacer algo a la Administración (*injonction*), se justificará por la imposibilidad de que la jurisdicción administrativa pueda «hacer acto de Administración». Sigue pesando de este modo, aunque ahora referido al juez contencioso-administrativo, el viejo principio revolucionario de la separación de autoridades.

VI

La extensión del contencioso-administrativo y la aparición de nuevos modelos distintos del francés

El rigor, la seguridad con que el Consejo de Estado francés edifica su gran construcción de la justicia administrativa va a generar, a la vez, su prestigio ante las demás naciones europeas y el afán de éstas por implantar en sus países un sistema que se acomodaba exactamente con el ideal liberal y con la expresión que de éste acertó a precisar Benjamin Constant al caracterizar «la libertad de los modernos» como el derecho de «no estar sometido más que a las Leyes»—haciendo efectivo el ideal, más utópico, de Rousseau.

Todos los Estados europeos que construyeron sus Administraciones sobre el prestigioso modelo administrativo francés, incluyen en éste, generalmente, la pieza del Consejo de Estado y, con ella, la de su función contencioso-administrativa. Es el caso español, a partir de 1845, que inaugura así la historia de su justicia administrativa específica.

Pero en esa fecha, o en la de 1860, que da nueva consistencia en España al Consejo de Estado y a sus funciones, el recurso de exceso de poder dista de haber alcanzado aún su perfil técnico definitivo y, en todo caso, los legisladores (y aun los profesores) españoles lo ignoran totalmente. Por ello, las Leyes españolas de recepción no pueden menos que desconocerlo, desconocimiento que pasará incluso, más injustificadamente, a la Ley Santamaría de Paredes de 1888, que será la que cambie en España el sistema de jurisdicción retenida para pasar al de jurisdicción delegada. Esta Ley, que pervivirá desgraciadamente

setenta años en nuestra patria, intenta una configuración del contencioso-administrativo supuestamente progresiva, aunque en la práctica regresiva, pues un cierto anticipo del exceso de poder, que esta Ley hará definitivamente imposible, sí la había apuntado alguna jurisprudencia del Consejo de Estado con su doctrina—luego desvirtuada—de los «vicios de orden público». La gran aportación de la Ley de 1888 pretendió ser la sustitución del «sistema de lista» (enumeración de asuntos susceptibles de recursos) por una «cláusula general». Pero como en ésta incluye la exigencia de una titularidad de derechos subjetivos perfectos, hará imposible la legitimación por simple interés, propia del exceso de poder, el cual en Francia, por cierto, no encerraba en ninguna lista cerrada los asuntos susceptibles de impugnación, que eran en principio todos, y a la Administración interesaba un control general, sino sólo los motivos de esta impugnación o «aperturas», que sabemos que concluyó por admitir cualquier infracción del ordenamiento jurídico. A la vez, la Ley española de 1888 consagró definitivamente la irrecurribilidad de los actos discrecionales (aunque la discrecionalidad, como ocurre necesariamente siempre, tuviese «elementos reglados») y, en fin, dio a los «actos de gobierno»—sobre los que luego hablaremos—la mayor cobertura y extensión.

En 1938 se suspendió el contencioso-administrativo contra los actos del Estado, invocando la situación de guerra civil, pero la suspensión se mantuvo hasta 1944, y en el momento en que se restablece se amplió notablemente aún la lista de materias exentas o inmunes al recurso.

Sólo la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956 rompió ese dogal insoportable, que ponía gravemente en cuestión la apariencia, incluso, de un verdadero Estado de Derecho en nuestro país, y lo hizo, no

sólo aportando una judicialización definitiva al sistema, sino en una fórmula original que precedió casi cuarenta años a la «subjetivización» del exceso de poder, como veremos más adelante. La reciente Ley de 13 de julio de 1998 ha continuado en esa línea, que ha desarrollado resueltamente.

No tendría interés reseñar las distintas formas nacionales de recepción en otros países del sistema de justicia administrativa. En el plano sistemático, cabría señalar que en la segunda mitad del siglo XIX se singulariza un llamado «sistema belga», caracterizado por la entrega del contencioso-administrativo a los jueces ordinarios. Italia, con un complemento posterior, y varios Estados alemanes, lo siguen. España siguió este modelo en la época de la Revolución liberal (1868-1875).

VII

La lucha del contencioso-administrativo contra las inmunidades del poder

Una vez vencida la pretensión de inmunidad absoluta que la Administración, como todo poder, pretendió inicialmente, éste va a replegarse construyendo, con un cierto respaldo teórico, amplios círculos de inmunidad frente a los jueces, en los cuales pretendía conservar su preeminencia indiscutida. La demolición sistemática de esos círculos de inmunidad será la gran obra del siglo XX. Tres han sido sobre todo tales círculos: el poder reglamentario, los llamados actos políticos o de gobierno y la potestad discrecional.

La impugnación de Reglamentos (quizás el arma más mortífera de la Administración, porque con ellos crea constantemente nuevo Derecho, alterando el que en cada

circunstancia la embaraza) no fue nunca fácil. Comenzó calificándose la promulgación de nuevos Reglamentos como una actividad genuinamente política, lo que, evidentemente, es, y aplicándole, consecuentemente, esta peculiar causa de exención. Pero, superada esa perspectiva, quedaban en pie objeciones procesales de alguna entidad: el Reglamento, normalmente, no produce una lesión actual, sino sólo potencial y futura; por otra parte, el círculo de interesados en una norma reglamentaria puede ser, y es normalmente, extensísimo y se plantea el problema de quien puede representar a esa colectividad (un problema análogo al que el sistema americano de *class actions* intenta resolver). La Ley española de 1956, que enfatizó como una conquista la impugnabilidad de los Reglamentos, se perdió luego lamentablemente en esta última cuestión, al limitar la legitimación para recurrirlos a las solas corporaciones públicas representativas de intereses. Sólo la proclamación constitucional en 1978 del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (más una previsión explícita en el artículo 106.1 de la misma Constitución) ha podido quebrantar esta inmunidad grave, grave no sólo porque viene a poner al Reglamento ilegal por encima de la Ley violada por él, sino porque la ilegalidad en un Reglamento se prolonga en el espacio y en el tiempo en sus innumerables actos de aplicación. Es la Ley la víctima directa de esa inmunidad del Reglamento. La Ley de la Jurisdicción de 1998 no ha dudado, por ello, en extender esta competencia del juez contencioso-administrativo hasta los supuestos mismos de la legislación delegada o Reales Decretos legislativos.

Notable fue igualmente la posición del Consejo de Estado francés ante el supuesto, construido por la Constitución de la V República de 1958, de Reglamentos directamente ordenados a la Constitución, sin Ley intermedia

(técnica de la reserva constitucional de Reglamento independiente). Al no poder reprochar de ilegalidad estos Reglamentos, pues no desarrollan Ley alguna, el Consejo de Estado no dudó en contrastarlos con los principios generales del Derecho para enjuiciar su validez.

El caso de los actos políticos o de gobierno ha sido más resistente. Formulada la exención de actos calificados con ese nombre por la jurisprudencia francesa de mitad del siglo XIX (solución explicada entonces por la deferencia prestada al poder imperial autoritario), su concepto ha ido reduciéndose en esta jurisprudencia a una lista cada vez más estricta, que se limita hoy prácticamente a los actos de relación del Ejecutivo con otros poderes constitucionales y a los de relaciones internacionales. En España la Ley de 1944, que restableció el contencioso-administrativo contra los actos del Estado, que había estado suspendido desde 1938, amplió expresamente el ámbito de esa insólita categoría de los actos de gobierno. La Ley de 1956, tras declarar en su Exposición de Motivos que la naturaleza de estos actos es distinta que la de los actos administrativos, los circunscribió, por de pronto, a los emanados del Gobierno como órgano superior y una jurisprudencia especialmente lúcida los disminuyó aun a un reducto mínimo. Un Proyecto de Ley de la Jurisdicción de 1995, que sólo la disolución de las Cámaras impidió que se convirtiera en Ley, aún intentó una insólita resurrección de la figura, que identificó, de modo sorprendente, en una extensión sin precedentes en país occidental alguno, con todos los «actos de dirección política» del Ejecutivo (que es el mismo concepto con que el artículo 97 identifica *totalmente* la actuación del Gobierno), identificables incluso por debajo de la posición misma de los Ministros (no ya del Gobierno como órgano, que era la fórmula de la Ley de 1956). La Ley de 1998, en una rectificación ejemplar, ha

erradicado definitivamente esta categoría de actos supuestamente exentos de control, con mayor o menor amplitud, considerando expresamente su existencia (dice su Exposición de Motivos) como incompatible con el Estado de Derecho y, en particular, con el artículo 24 de la Constitución, calificándoles consecuentemente como actos meramente discrecionales controlables siempre a través de sus elementos reglados y de la primacía de los derechos fundamentales, equiparando, pues, resueltamente, su regulación con la consagrada en Alemania en virtud del artículo 19.4 de su *Grundgesetz*.

Hay que notar que, en efecto, ordenamientos como el alemán desconocen también esa figura, incapaz de enervar la cláusula general de tutela judicial frente al poder público que formula el artículo 19.4 de su Ley Fundamental o Constitución («toda lesión que el particular reciba en sus derechos por el poder público cuenta con una tutela judicial efectiva»), formulación equiparable en su alcance a la del artículo 24 de la Constitución española («todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión»), como ha concluido por admitir el legislador de 1998.

En fin, el tercer gran círculo de inmunidad, y quizás el más resistente, ha sido el de la discrecionalidad. La libertad de elección entre varias soluciones posibles, todas igualmente legítimas, que es en lo que la discrecionalidad consiste, se consideró durante todo el siglo XIX concomitante con la exención de cualquier control del juez. El primer vicio de legalidad en la decisión discrecional que alcanzó a ver el Consejo de Estado francés fue la desviación de poder, en el sentido de la persecución de un fin privado en la decisión pública discrecional, vicio que

se convirtió así en una nueva «apertura» del recurso por exceso de poder. Más adelante, las jurisprudencias nacionales se percataron de que en toda potestad discrecional concurren siempre elementos reglados, no sólo el fin, que la desviación de poder controlaba: la existencia misma de la potestad, sus límites, pues no hay nunca discrecionalidad ilimitada, la competencia, el procedimiento. Más tarde, como ya vimos, el control por los principios generales del Derecho (como la proporcionalidad, la buena fe, la interdicción de la arbitrariedad, la protección de la confianza legítima, etc.) abrió nuevas vías de control. Lo que en Francia se llamó el error en la apreciación de los hechos y en Alemania y en España el control en la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, tradicionalmente confundidos con la discrecionalidad, pero perfectamente discernibles como distintos, fue otro paso decisivo. Hoy, sin perjuicio del respeto que se debe a la capacidad de elección que la Ley confía a la Administración, cuando así lo pretende, la discrecionalidad está sometida al ordenamiento jurídico, y, por tanto, al juez, como toda la actividad administrativa y no es una excepción a ese sometimiento.

Uno por uno, pues, el siglo que acaba de concluir ha ido demoliendo los altivos muros que intentaban proteger ámbitos administrativos sustanciales de la exigencia general de la legalidad y del correlativo control de su observancia por el juez contencioso-administrativo. Hoy existe, virtualmente, en todos los países occidentales europeos (y, desde luego, así lo proclamaban la jurisprudencia supranacional del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos) un «derecho universal al juez», que no encuentra valladar alguno oponible. La plenitud del sometimiento de los aparatos públicos a la Ley y al Derecho y su correlativo some-

timiento a las acciones judiciales de protección, de modo que ese sometimiento sea realmente efectivo, ha pasado a ser así, de este modo, un rasgo esencial y común en la concepción europea del Estado de Derecho.

La profunda transformación que ha experimentado el recurso contencioso-administrativo, que de ser objetivo ha pasado a ser, como veremos, la expresión de un verdadero derecho subjetivo de protección del ciudadano frente al poder, explica, y a la vez mide, esa generalización o universalización de que ha sido objeto.

VIII

El desmontaje del objetivismo y la recuperación para el contencioso-administrativo del sentido subjetivo de la justicia. El derecho a la protección contencioso-administrativa como un derecho fundamental de los ciudadanos

El recurso francés de exceso de poder, que ha sido el gran laboratorio donde se ha gestado el Derecho Administrativo moderno, ha mantenido en Francia su configuración como un recurso objetivo y, de crear a sus exégetas actuales más autorizados (por ejemplo, Chapuis), un simple «proceso al acto», en la vieja caracterización de Laterrière, en el que el recurrente pone en marcha un control de oficio («de orden público») y abstracto realizado por el juez contencioso en atención exclusiva a la legalidad de los actos, sin tener en consideración el interés del reclamante. Como a esta nota esencial se vinculaba la prohibición de *injunctions* o condenas de hacer a la Administración, a su vez consecuencia de la incompetencia del juez contencioso de hacer «actos de Administración», de ello venía a derivarse también el tradicional sistema de ejecución de las

sentencias anulatorias, confiadas a la buena voluntad de la Administración, sólo controlada por nuevos recursos de anulación, cuya inejecución, a su vez, podría dar lugar a otros nuevos, y así sucesivamente.

Pero esta concepción, aun siendo muy grandes los créditos que ha merecido históricamente, ha cambiado en Francia mismo a finales del siglo que acaba de concluir y se ha abandonado resueltamente en otros países. El sistema contencioso-administrativo español, con base en la Ley Jurisdiccional de 1956 (interpretada a estos efectos de manera especialmente generosa por la jurisprudencia y la práctica judicial uniforme), cuenta, acaso, entre las primeras que anuda la posibilidad de un recurso impugnatorio legitimado en el simple interés con la consecuencia de una sentencia que «restablezca la situación jurídica individualizada», que era la expresión legal, esto es, que restituya al recurrente en la integridad de los intereses que, al amparo de la legalidad infringida por la Administración, venía legítimamente disfrutando. Por tanto, la lesión de intereses invocada por el recurrente ya no se limita a abrir la puerta para poner en marcha un control objetivo del acto impugnado, como ha sido la concepción clásica del *excès de pouvoir*, sino que pasaba al contenido mismo de la sentencia con la condena impuesta para su restitución y salvaguarda, para su «restablecimiento».

En el sistema francés tradicional resultaba evidente que la limitación virtual del recurso de plena jurisdicción a las pretensiones de contenido patrimonial estricto (contratos, responsabilidad, tributos) no podía amparar la idea de que ese instrumento procesal era el apropiado para hacer efectivos todos los derechos subjetivos de los ciudadanos frente a la Administración. Pues es evidente que en la sociedad actual no podría pretenderse que los ciu-

dadanos no tengan frente a la Administración otros derechos subjetivos que los de contenido patrimonial y que todas las demás pretensiones frente a ella deban de traducirse en una mera facultad de denuncia para que los titulares de la jurisdicción contencioso-administrativa actúen por sí solos de oficio y sin atender para nada a los intereses materiales que subyacen a tales pretensiones. La cuestión comenzó a clarificarse con el problema de la ejecución de sentencias, que una Ley de 1980 permitió, por vez primera, que el Consejo de Estado pudiese forzar a través de un sistema de *astreintes* o multas coercitivas e incluso haciendo por sí misma ejecutiva frente a la Administración la condena a pago de cantidad (*contrainte au paiement*), decisiones en que forzosamente había que partir de la «situación jurídica» (empleamos la feliz expresión de la Ley española de 1956) del particular vencedor del proceso con vistas a su «restablecimiento» efectivo. También por vía reglamentaria se introdujeron técnicas desarrolladas de medidas cautelares o *référé*, superadoras de la vieja limitación de la mera suspensión excepcional, y que, igualmente, sólo en función de la «situación jurídica» individual podían actuarse. Más significación tuvo aún la Ley de 8 de febrero de 1995 en la que, superando la vieja limitación de que el juez contencioso-administrativo no podía hacer «actos de Administración» ni, por tanto, *injunctions* o condenas de hacer a la Administración, se instituyó que dicho juez pueda, en vía de ejecución de sentencia, intimar a la Administración para adoptar todas las medidas que resulten necesarias para que el pronunciamiento declarativo de la sentencia prolongue todos sus efectos para el recurrente. Es de notar que la Ley ha mantenido el carácter puramente declarativo (anulación o absolución) del exceso de poder y que sólo en una segunda fase, la de ejecución del fallo, puede pasarse a imponer

las medidas necesarias para «restablecer la situación jurídica» del recurrente (para decirlo en la terminología española). Resulta manifiesto que para realizar todas esas operaciones (valoración de si la sentencia ha sido correctamente ejecutada a efectos de multas coercitivas para forzar la ejecución correcta, una ejecución ya no limitada a la simple anulación del acto recurrido; medidas cautelares, a las que luego nos referiremos más despacio; condena final a hacer o no hacer con intimación ejecutoria) resulta inludible partir de la «situación jurídica individualizada» de los recurrentes, cuya relevancia ya no podrá decirse en modo alguno que sea sólo un simple «requisito de seriedad» para que el supuesto poder de oficio del juez entre en funcionamiento y que el resultado del proceso no tenga ya nada que ver con los intereses materiales que alimentan dicho interés o «situación jurídica individualizada». Por el contrario, es ya patente que la preparación de la sentencia, mediante medidas cautelares, y su eficacia final, mediante intimaciones y sanciones ejecutivas a la Administración, sólo tienen sentido si se erigen dichos intereses del recurrente en objeto principal del proceso. Sin haberlo declarado expresamente, pues, y aunque se resistan a aceptarlo aún sus expositores, el sistema francés es ya, inexcusablemente, el de un proceso de protección subjetiva.

Mucho más claramente a este resultado había llegado ya el sistema alemán, así como el español, según vimos, solución reforzada notablemente en este último por la Ley de la Jurisdicción de 1998, que igualmente ha resuelto el problema de la ejecución judicial de las sentencias. En el Derecho alemán el factor clave ha sido la famosa cláusula del artículo 19.4 de la *Grundgesetz*, cuyo texto conviene retener: «Toda persona cuyos derechos sean lesionados por los poderes públicos tiene derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales.» Se observará que esta

tutela se concibe resultante como una consecuencia de una lesión de derechos por el poder público (*die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt*), más exactamente, como una defensa del ciudadano contra esa lesión. Lo cual es la expresión más pura de un criterio subjetivo en la configuración del recurso: pero también que tal defensa parecería circunscribirse al supuesto único de que la lesión se produzca precisamente en los «derechos» (sc. subjetivos) de dicho ciudadano. Podría pensarse, pues, que el texto constitucional vendría a situarnos en el mismo lugar de la vieja concepción de la arcaica e inadmisibles Ley española de 1888, en el lugar casi exacto también en que el sistema italiano se configuró en 1881 entregando al juez ordinario —conforme al modelo belga— la tutela de tales derechos, pero que debió buscar más adelante, en 1889, una tutela paralela para los llamados «intereses legítimos» para no dejar sin protección —confiada al Consejo de Estado— los amplios campos que el recurso francés de exceso de poder, aun en su configuración objetiva, había logrado articular. La doctrina clásica alemana sobre los derechos públicos subjetivos (cuya obra de referencia era la monografía sobre el tema de George Jellinek) había distinguido a los mismos de los llamados «reflejos de derechos», derivados de Leyes configuradas para la protección del interés general y que, como tales, no eran susceptibles de justificar una protección subjetiva directa. La fórmula del artículo 19.4 de la *Grundgesetz* forzó a la doctrina alemana a una profundización del problema, concluyendo, en un famoso aserto de Bachof, que todas las ventajas que los ciudadanos derivan del ordenamiento se han constituido en verdaderos derechos subjetivos en cuanto que la Ley les atribuye una acción de protección frente a la actuación ilegal del poder público para restablecer tales situaciones de ventaja en cualquier aspecto del círculo vital de

intereses, acción de protección o reaccional que revela justamente la presencia del derecho subjetivo. Con una extensión material no menor que la del exceso de poder francés, el sistema contencioso-administrativo alemán se ha con-figurado, pues, como un sistema estrictamente subjetivo o de protección de derechos y ha concluido admitiendo, por ello mismo, la normalidad de las sentencias de condena a la Administración, incluso en los casos de inactividad de ésta.

Añadamos que a la misma conclusión llegó el sistema jurisdiccional comunitario europeo cuando el Tratado de Maastricht modificó el artículo 171 del Tratado de Roma CE para que el Tribunal de Justicia pudiese forzar, mediante el sistema de multas coercitivas o *astreintes* (influido, probablemente, por la Ley francesa de 1980) las medidas particulares (a iniciativa de la Comisión) que se derivan de una sentencia condenatoria de un Estado por incumplimiento de las obligaciones del Derecho Comunitario.

Igualmente en Italia se ha comenzado a hablar (Cassese) de la conversión del juez administrativo (de «intereses legítimos», si se recuerda) en un juez que ejercita una jurisdicción plenaria, incluyendo medidas cautelares, ejecución de sus sentencias, admisión en éstas de condenados de condena, resarcibilidad plena de los «intereses legítimos», aspectos todos que excluía la vieja concepción objetivista de la jurisdicción sobre dichos intereses.

El último y capital punto de llegada de la evolución del sistema contencioso-administrativo ha sido, pues, su reconfiguración resuelta como una justicia subjetiva. En un panorama general dominado por la preeminencia de los derechos fundamentales en la escena política, el derecho a la protección del propio círculo vital de intereses

cuando la Administración, infringiendo la legalidad, menoscaba tales intereses, es un derecho fundamental más, y no por cierto de los menores o secundarios. Hay que decir que esta fundamental corrección técnica no hace sino adaptarse a la situación del recurrente, que se enfrenta con la Administración y sostiene su recurso no por la efectividad abstracta del Derecho objetivo, sino en defensa y protección de su propio interés particular; tiene, pues, la clara sensación de que está luchando por su derecho, inequívocamente, aunque se haya tardado tanto en reconocérselo que es así, en efecto.

IX

La generalización de un sistema de medidas cautelares

Como una manifestación más del proceso de subjetivización resuelta de la justicia administrativa, ha pasado a primer término en la última parte del siglo XX la cuestión de la disponibilidad por los recurrentes de un amplio sistema eficaz de medidas cautelares frente a la expeditividad de la actuación administrativa, amparada en el viejo y sólido privilegio de la ejecutoriedad inmediata de sus decisiones. El Consejo de Estado francés llegó a ver en dicha ejecutoriedad (lo repetía aún hace apenas diez años), la esencia misma del poder administrativo, y así también lo destacaron varios autores en sede doctrinal. Desde esa perspectiva, unida a la de la concepción puramente objetiva del proceso, se comprende que hablar de medidas cautelares frente a la Administración resultaba injustificado y ocioso: en el proceso sólo se ventilaba la legalidad de una decisión administrativa, operación para la cual las medidas cautelares resultaban innecesarias y más si suponían despojar a la Administración de uno de sus atributos

esenciales. En la lejana ocasión de 1806, cuando Napoleón crea la Sección contencioso-administrativa del Consejo de Estado, se había previsto la posibilidad de una suspensión del acto administrativo objeto de recurso, pero entonces éste se limitaba al de plena jurisdicción, en el que, en efecto, se tutelaban derechos, pero no al de exceso de poder, aún *non-nata*, que es el que pasaría a ser el corazón mismo del sistema y en el cual ningún derecho, ni ningún interés (si recordamos) del ciudadano parecía ventilarse. Fue, seguramente, la derivación resueltamente subjetiva del contencioso alemán, con base en la regla del artículo 19.4 de la *Grundgesetz*, de la que en Alemania mismo se dedujo nada menos que el carácter normalmente suspensivo del recurso contencioso-administrativo, carácter suspensivo sólo excepcionado en casos tasados y singulares, la que abrió paso a una entrada normal de la justicia cautelar en el contencioso-administrativo, con la admisión normal no sólo de la medida de suspensión (que ya notamos que en el sistema alemán es el efecto ordinario, salvo excepciones, de la mera interposición del recurso), sino, también, de órdenes positivas provisionales (*einseitige Anordnungen*), presentes ya en la Ley procesal administrativa de 1960. Este nuevo cambio de visión vino a coincidir con el espectacular desarrollo que en Francia conocieron las técnicas del *référé* o medidas de urgencia en el proceso civil (introducidas mediante Decretos presidenciales a partir de la Constitución de 1958), coincidentes con una congestión de la justicia tradicional, que forzó a la generalización de técnicas de enjuiciamiento anticipado y provisional de las pretensiones de fondo, técnicas que incluso dejaron de ser accesorias e incidentales en el seno de un proceso principal para independizarse como procesos independientes, aunque sin fuerza de cosa juzgada formal, lo que equivale de hecho a cambiar la carga

de accionar o privar de su ventaja al poseedor o litigante de mala fe, acogido cómoda y abusivamente a los largos plazos de duración de los procesos. El contencioso francés no pudo dejar de ser receptivo a esas corrientes. Varios Decretos introdujeron, en efecto, medidas provisionales de distinto carácter en el proceso contencioso-administrativo (Decreto de 30 de julio de 1963 —introduce el criterio básico del *moyen sérieux*, argumento serio utilizado por el recurrente como criterio del otorgamiento positivo de la medida cautelar—, más varias Leyes especiales), incluso medidas positivas, como el *référé provision* o anticipo cautelar del pago de deudas por la Administración (Decreto de 2 de septiembre de 1988). Finalmente, una Ley general sobre todos los procedimientos de urgencia en la justicia administrativa, con la finalidad de ampliarlos y sistematizarlos, siguiendo una moción del Consejo de Estado, acaba de ser aprobada en 30 de junio de 2000 («Journal Officiel» del 1 de julio), y entrará en vigor el 1 de enero de 2001. La Ministra de Justicia Guigou al clausurar en diciembre de 1999 la conmemoración del segundo centenario del Consejo de Estado, hizo pública la aprobación unos días antes del entonces Proyecto de Ley en «primera lectura» por el Senado, intimando a los jueces allí presentes a que no fuesen remisos ni tímidos en utilizar frente a la Administración estos nuevos instrumentos puestos en sus manos, exigidos por la sociedad actual.

La Ley española de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998, artículos 129 y siguientes, ha operado una transformación paralela, aunque, a mi juicio, aún con imperfecciones de algún peso, aceptando con normalidad medidas cautelares positivas, de cualquier contenido en principio, y aun medidas provisionálísimas adoptadas *in autá parte*, aunque desconozca aún medidas autónomas, no

incidentales de un proceso principal, alguna de las cuales, por cierto, vienen impuestas por el Derecho Comunitario.

La justicia de las Comunidades Europeas, por su parte, ha impulsado resueltamente esta tendencia. Existe una previsión genérica en el Tratado CE sobre la posibilidad de que el Tribunal de Justicia suspenda los actos que enjuicia «si estima que las circunstancias así lo exigen» (art. 185) y una previsión inespecífica de «medidas provisionales necesarias» en todos los asuntos de que esté conociendo (art. 186; numeración originaria de los artículos). Sobre esta sucinta base, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha abierto la justicia cautelar de una manera resuelta y lúcida, impulsando a las justicias nacionales a suspender las mismas Leyes de sus Parlamentos cuando a primera vista parecen contradecir el Derecho Comunitario (Sentencia *Fantome I*, 1989), ha suspendido sin vacilar el mismo Leyes nacionales con la misma apariencia (Sentencia *Comisión c. Alemania y Factome II*, las dos de 1990), ha admitido que el juez nacional pueda suspender por sí solo la aplicación de normas comunitarias, no obstante su primacía (*Zuckerfabrik*, 1991), incluso dictar regulaciones provisionales en sustitución de una norma comunitaria (*Atlanta*, 1995), acordar pagos inmediatos en caso de reclamaciones pecuniarias contra las instituciones comunitarias o *référé provision* (*Antonissen*, 1997), y todo ello presentado como una exigencia indeclinable de la tutela judicial efectiva, esto es, al servicio del derecho fundamental a la tutela judicial de los recurrentes.

Las jurisprudencias constitucionales de toda Europa (Francia: Decisiones del Consejo Constitucional de 1986 y 1990, sobre expulsión de extranjeros, de 1987, sobre sanciones en materia de derecho de la competencia y por autoridades administrativas independientes, etc.; Tribunal Constitucional español, Sentencias de 12 de diciembre de

1991, 10 de febrero de 1992, 17 de diciembre de 1992 —que declara inconstitucional una Ley que prohibía medidas cautelares en su materia—, 29 de abril de 1993 —admisión de órdenes positivas sustitutorias de una norma como medida cautelar, etc.—), han impuesto un sustancial cambio a la caracterización de las medidas cautelares. Ya no se trataría de medidas excepcionales, que pondrían en cuestión un principio general de la ordenación pública, que la tradición quiso ver en la ejecutoriedad necesaria de las decisiones de la Administración, sino de dar cobertura a la tutela judicial efectiva a que los ciudadanos tienen derecho (art. 24.1 de la Constitución española), y un derecho precisamente de rango fundamental. El cambio de perspectiva es completo, por tanto, y más si se tiene en cuenta que los derechos fundamentales son de rango superior y de aplicación preferente, como «fundamento del orden político y de la paz social» (art. 10.1 de la Constitución española), frente a simples comodidades de gestión de los aparatos administrativos, por ventajosos que puedan resultar para su funcionamiento expeditivo.

Ha hecho así su aparición decidida un nuevo planteamiento básico de la justicia administrativa, llamado aún a más amplios desarrollos. El profesor Bernard Pateau ha podido decir que la Ley francesa de 30 de junio de 2000, ya referida, viene a abrir un siglo sustancialmente nuevo: «si el siglo xx ha sido el siglo del juez del exceso de poder, el que dice el Derecho y anula lo ilegal, el siglo xxi podría muy bien ser el del juez de la plena jurisdicción», esto es, de la protección de derechos subjetivos, lo que implica «una ruptura, una ruptura de Derecho positivo y más aún, una ruptura de clima y de cultura».

X

Exclusión de las vías administrativas previas

Aunque con una significación menor en el orden sistémico, esta progresiva depuración del proceso contencioso-administrativo que vamos siguiendo no sería completa si no aludiésemos a la tendencia hacia la eliminación de las vías previas administrativas como condición de admisión de los recursos contencioso-administrativos, tendencia que se ha visto quizás algo enturbiada últimamente por el criterio, iniciado en Francia y seguido en España, de estimular las fórmulas conciliatorias y de resolución extraprocesal de los litigios.

En el siglo XIX la vía administrativa previa, expresada en recursos administrativos preceptivos, se justificaba en dos principios propios de una fase premoderna del contencioso: por una parte, en la doctrina del Ministro Juez, que además de concentrar en esa autoridad la decisión definitiva, siendo meramente preparatorias las antecedentes, hacía del recurso contencioso una casación; por otra, la vivencia extrema del principio de jerarquía, recién generalizado por la Administración napoleónica, que venía a corroborar que no había en realidad resolución administrativa recurrible en tanto que la cúspide de esa jerarquía no hubiese dicho la última palabra, única susceptible de «causar estado», en la terminología española. El último criterio se llevaba al extremo de imponer agotar una multiplicidad de alzada sucesivas (hasta cinco fueron normales en España hasta que la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, en su reforma de 1963, las limitó a una sola) para llegar a la cúspide de la jerarquía. En realidad, esta técnica de imponer vías previas, formalizadas y procedimentalizadas como sustantivas, para poder arribar a

la vía jurisdiccional, que es la única que se presenta como tutela imparcial, según exige el contenido del derecho fundamental de cuyo ejercicio se trata, supone una reducción del formidable privilegio de la autotutela de que la Administración dispone frente a los particulares, que le permite hacerse justicia a sí misma, haciendo ejecutorias sus propias decisiones e imponiéndoselas al administrado sin necesidad de impetrar la intermediación judicial, como están obligados a hacer los sujetos comunes. Pues, en efecto, la obligación de interponer recursos ante la propia Administración duplica la carga de soportar la posición privilegiada de la Administración ante la justicia al obligar a dirigir a la propia Administración, en primer término, una discrepancia con su propia resolución ejecutoria y vedar, consiguientemente, el acceso inmediato al juez, único capaz de hacer valer el derecho fundamental a la justicia que el ciudadano invoca.

De hecho, las vías judiciales previas se han revelado, a través de una experiencia más que secular —tal es, al menos, la experiencia española—, ineficaces como instrumentos de garantía efectiva para el particular, pues rara vez es posible obtener a través de ellas una reconsideración de las posturas iniciales de la Administración, retrasando y complicando en todo caso el acceso directo al juez, donde reside la única garantía objetiva. Esta caracterización ha vuelto a manifestarse cuando se las ha presentado como fórmulas de solución extraprocesal de los conflictos, sobre los modelos de la mediación y de la transacción, soluciones éstas que restan virtualmente inéditas tras su previsión enfática en las Leyes —al menos, según la experiencia española.

La Ley Jurisdiccional española de 1998 ha dispensado de la reposición previa preceptiva el acceso a la vía contencioso-administrativa, pero ha mantenido la técnica del

«causar estado» haciendo inexcusable la alzada (una sola y, por otra parte, manteniendo la obligatoriedad de esas vías previas en la materia tributaria y sancionatoria (aun que admitiendo la suspensión automática de las decisiones recurridas con la simple presentación de un aval que cubra el importe de la deuda principal y de los eventuales intereses), que es cuantitativamente considerable.

Una exclusión como principio de las vías administrativas previas obligatorias, o al menos su neutralización disponiendo su efecto suspensivo inmediato de la resolución inicial, parece venir impuesta por una depuración técnica de la tutela judicial plenaria y efectiva, sin perjuicio de que facultativamente el recurrente pueda disponer de la opción de utilizarlas si lo juzgase conveniente. La Administración, en cuyo solo interés esas vías previas se articulan, puede depurar perfectamente la actuación de los órganos interiores de la escala al conocer internamente de las demandas judiciales formalizadas contra ella, facilitando su allanamiento procesal cuando resulte justificado, sin nuevos y complejos —además de normalmente inútiles— procedimientos.

CONCLUSIÓN

De toda la exposición precedente parece resultar una clara línea tendencial hacia la maduración plena del proceso contencioso-administrativo como una vía judicial plenaria y efectiva para que la Administración, como gestor fiduciario que es del pueblo, haga efectiva su responsabilidad o dación de cuenta ante los ciudadanos, eliminando todos los viejos obstáculos radicados en la tradición de exención de la justicia del viejo poder público, lejano y absoluto, y demoliendo todas las sucesivas y tenaces téc-

nicas de impedir, limitar o condicionar la plenitud del conocimiento judicial que durante dos siglos han ido sucesivamente apareciendo.

Básico para ello han sido: la judicialización completa de los órganos de resolución de los recursos, la eliminación de todos los sucesivos círculos de inmunidad al juez que la Administración ha venido oponiendo al postulado de su total sometimiento al control judicial para hacer efectivo su sometimiento a la Ley y al Derecho, la subjetivización definitiva del proceso, resueltamente configurado hacia la satisfacción de la tutela efectiva de los derechos (sustantivos o reaccionales) de los ciudadanos, con la admisión normal de sentencias de condena a hacer o no hacer, con la atribución definitiva al propio juez de la facultad de ejecutar las sentencias, con la previsión de una amplia gama de medidas cautelares incidentales o autónomas, en protección preventiva de dichos derechos, de suspensión o positivas, la eliminación, o al menos neutralización, dándole efecto suspensivo del acto recurrido, de vías administrativas previas que obstaculizan, y en todo caso retrasan, la intervención del juez.

Al doblar este nuevo siglo el modelo parece a punto de alcanzar su perfección última. Pocas cosas ya separan a la justicia administrativa de los modelos procesales de otro carácter con mayor tradición, depurados a través de un largo curso histórico, que tanto contrasta con la modernidad del contencioso y con su complicada y trabajosa formación.

La justicia administrativa, así perfeccionada, convertida en una tutela judicial plenaria y efectiva, no coartada, aproximativa o parcial, se ha erigido definitivamente en una pieza insoslayable de la concepción occidental del Estado de Derecho.

Los Tribunales Constitucionales de toda Europa así vienen exigiéndolo, desde la perspectiva superior que impone la efectividad de los valores de la Constitución, capaces de relativizar todas las viejas *technicalities* de una jurisdicción lastrada por un torturado desarrollo histórico. Permítaseme citar, para concluir, una Sentencia, entre muchas, de nuestro Tribunal Constitucional, la 238 de 1992, de 17 de diciembre:

«Los instrumentos procesales han de articularse de tal modo que aseguren, *sin inmutidades del poder*, una *fis-calización plena* del ejercicio de las atribuciones administrativas ... [en virtud] del mandato de *plena justiciaabilidad del actuar administrativo* presente en el artículo 106.1 de la Constitución.»

II

CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO OBJETIVO Y CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO SUBJETIVO A FINALES DEL SIGLO XX. UNA VISIÓN HISTÓRICA Y COMPARATISTA

SUMARIO: I. *El origen de la justicia administrativa en la Revolución Francesa. Legalidad de la acción administrativa y responsabilidad de los gobernantes. El Consejo de Estado. La formación del recurso de exceso de poder y su configuración objetiva. El interés para recurrir como mero «requisito de seriedad», sin trascendencia alguna en el fallo.*

II. *La irrupción de la perspectiva subjetiva de los recurrentes en el contencioso-administrativo francés: poderes de ejecución forzosa al juez contencioso, desarrollo espectacular de las técnicas de tutela cautelar, poderes de ejecución con facultad de dirigir injonctions a la Administración en fase ejecutiva. La res-titución de las ventajas personales perdidas por la ilegalidad administrativa como una expresión de derechos subjetivos. La influencia del modelo alemán, artículo 19.4 de la Grundgesetz.*

III. *Otros modelos comparados. El caso italiano y la concepción material (y no procesal) de los intereses legítimos.*

IV. *El modelo español. A) La Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1956. La pretensión y no el acto como objeto del recurso. La Constitución de 1978, artículo 24. Ley de la Jurisdicción de 1998. La inclusión en el sistema de control de los actos de gobierno, reducidos a actos discretio-nales. La legitimación por interés legítimo y la posibilidad de fallos de restablecimiento de situaciones jurídicas. La extensión del concepto de derecho público subjetivo. La asignación de acciones de protección como protección de la libertad o «derecho reaccional». B) La definitiva confirmación de estos planteamientos en la Ley Jurisdiccional de 1998. Nuevas acciones admisibles. La ganancia de la ejecución judicial forzosa de las sentencias. La subjetivización plena del sistema español.*

V. *Un «cambio de paradigma» en el contencioso-administrativo: de sistema de protección de la legalidad a sistema de protección de derechos de los ciudadanos. La entrada en el nuevo siglo, con la preeminencia de los derechos fundamentales.*

Todo el sistema de la justicia administrativa se ha formado durante el siglo XIX, como es bien sabido, sobre el modelo francés. Este modelo, a su vez, es el fruto de dos poderosas concepciones surgidas del fondo de las grandes ideas que movieron la Revolución Francesa.

Primera concepción. El gobierno humano hasta entonces se entendía confiado por Dios a los Reyes, para que ellos gobernasen a los pueblos según sus criterios personales, orientados apenas por los grandes principios morales de las religiones positivas. Pero estas ideas van a sufrir en la Revolución la influencia de la Filosofía ilustrada que opera una completa inversión de planteamiento. Por una parte, la situación natural del hombre es la libertad; Locke y Rousseau destacan este aserto como el principio mismo de la reflexión política, supuesto lo cual sólo los hombres reunidos en un pacto social, en virtud de esa libertad inicial, pueden constituir un poder legítimo. Pero lo característico de este poder será que su función será preservar la libertad originaria no transferida en el pacto y que para ello el instrumento adecuado será la Ley, entendida como la voluntad general (Locke la llama ya Poder Legislativo) decidiendo sobre las cuestiones también generales que a todos conciernen. Ser gobernados por las leyes y no por los hombres pasa a ser el ideal del nuevo sistema. La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 lo expresará en varios de sus artículos. Así, su artículo 5.º:

«Todo lo que no está prohibido por la Ley no puede ser impedido y nadie puede ser forzado a lo que la Ley no ordena.»

Y el artículo 7. a propósito del poder punitivo, que ha sido siempre el gran instrumento del imperante para forzar la obediencia, concluye:

«Sólo cuando un ciudadano es llamado a obedecer en virtud de la Ley debe obedecer al instante.»

Esta concepción lleva derechamente a la legalización del poder, la revolución más importante probablemente de la historia humana. Todos los actos del poder deberán legitimarse en una ley de cuya aplicación se trate.

Como a la vez, el artículo 15 de la Declaración proclama que

«La sociedad tiene el derecho de pedir cuentas a todo agente público de su Administración»,

esto postula un control sobre la actuación de los agentes para controlar la legalidad de sus actos.

Pero ocurriría en Francia, donde estas concepciones surgen y se afirman, que ese control no podría ser encomendado a los jueces genuinamente tales, porque la Asamblea Constituyente había promulgado la famosa Ley de 16/24, de agosto de 1790, que consagra la famosa «interpretación francesa del principio de división de los poderes», según la cual se prohibía a los jueces mezclarse, interferir («*troubler*») cualquier asunto administrativo. *Juger l'Administration c'est encore administrer*, pasará a ser el principio esencial, en virtud del cual habrá que residenciar en el seno de la misma Administración la función de someter la crítica de la actuación administrativa respecto a su observancia de la legalidad. Esta función se concretará en la institución del Consejo de Estado, creada por Napoleón en la Constitución del año VIII (1799). En el seno del Consejo se crea en 1806 la Sección del contencioso-ad-

ministrativo que va a ser en adelante la gran creadora de esta jurisdicción y, correlativamente, del Derecho Administrativo, surgido de su jurisprudencia.

Comenzó organizándose en el Consejo de Estado lo que luego se llamó el recurso de plena jurisdicción para que a los titulares de derechos patrimoniales inestables frente a la Administración no se les privase de tutela a tales derechos. Pero, simultáneamente, el Consejo de Estado comenzó a conocer y a resolver denuncias sobre el funcionamiento supuestamente irregular de la Administración, primero por incompetencia; finalmente, tras una evolución bien conocida, vicios de forma e infracción material de la Ley. El Consejo de Estado aceptó conocer de estas denuncias no con el propósito de tutelar ningún derecho o posición subjetiva cualquiera de los denunciantes, sino por su propio interés como órgano de control de la Administración y para depurar objetivamente el funcionamiento regular de ésta.

Será, precisamente, sobre ese cuerpo de cuestiones sobre el que se organizará el recurso por exceso de poder, que desde los comienzos del siglo XX pasará ya a ser la pieza esencial del sistema contencioso-administrativo. Su generalidad, no limitada por ninguna lista legal de asuntos recurribles, produjo por de pronto una formidable ganancia, la extensión general del recurso contencioso-administrativo a cualesquiera materia, sin que pudiesen jugar *a priori* cláusulas de exclusión, ni acordadas por la Ley o por los Reglamentos, ni pretendidamente deducidas de su naturaleza (una excepción, mantenida, aunque muy reducidamente hasta hoy: los llamados «actos de gobierno», que surgieron de una inicial deferencia del Consejo de Estado ante el poder imperial de Napoleón III). Estas posibles exenciones de la recurribilidad iban contra el propio interés de la Administración en el control objetivo y

acucioso de su propio funcionamiento, que es la finalidad primaria del recurso por exceso de poder. Se gana así un don precioso, la universalidad del recurso, con la sola salvedad de los llamados actos de gobierno, que quedarán reducidos en seguida a una lista reducida y apenas significativa de asuntos. La generosidad con que se reconoció la *qualité pour agir*, que abría virtualmente a todos los sectores ciudadanos la posibilidad de fiscalizar la Administración, sin llegar a los excesos de la *actio popularis*, universalizó el recurso fuera del campo reducido de los derechos patrimoniales. La simplicidad de su regulación procesal, la simplicidad también de su operación de enjuiciamiento, limitada a contrastar un acto administrativo con la legalidad que le regula, facilitó notablemente su generalización. En fin, la inexistencia misma de problemas de ejecución de la Sentencia, confiada a la propia Administración, sin otras incidencias, todo esto hizo su fortuna. Como, entretanto, el *Conseil d'Etat* se había independizado desde 1872 del Gobierno en su función jurisdiccional, estuvo así en condiciones de ofrecer un instrumento eficaz e independiente, no condicionado o influido por el Gobierno, para asegurar el funcionamiento objetivo de la Administración, operando eficazmente en la sociedad individualista e industrial con la que Francia entrará en el siglo XX.

Técnicamente, el recurso de *excès de pouvoir* no se articuló, por tanto, como un proceso entre partes, que pugna cada una por asegurar sus propias situaciones jurídicas subjetivas. Se exigía al recurrente acreditar un interés propio para entender cumplida su *qualité pour agir*, pero esa exigencia (que se administró con gran liberalidad) se entendía solamente como «un requisito de seriedad» (Odent); lo que en el proceso se ventilaba, después de pasar ese requisito o portillo previo, no tenía ya nada que ver con tal interés, sino que se limitaba a un control jus-

tamente «objetivo» de la legalidad del acto administrativo que se impugnaba. En la sentencia no se efectuaba el menor pronunciamiento sobre tal interés, y ello aunque el recurso fuese estimatorio. Pudo hablarse así de un «proceso hecho a un acto», expresión curiosa que forjó Laferrière hace más de un siglo y que continúa manteniendo hoy Chapus, que la califica de «excelente». Este control, según los orígenes del sistema, era propiamente un autocontrol, como hemos visto, que la Administración actúa para depurar su actuación legal, lo que era perfectamente claro en el sistema de «justicia retenida» anterior a 1872, pero que continuó siéndolo también cuando el Consejo de Estado dejó de actuar como órgano puramente consultivo para pasar a decidir por propia autoridad, por que, ello no obstante, seguía aún formando parte de la Administración, de la que se consideraba su conciencia y vigilante. Por eso, Hauriou pudo decir que el recurrente por *excès de pouvoir*, más que defender algo propio, ejercía la función del Ministerio Público, que actúa «en interés de la ley» (y añade ahora Chapus: «*alors même qu'il n'en a pas conscience*»). Por eso, añade este autor, el recurso de *excès de pouvoir* es «de utilidad pública»; más aún, «de orden público». Se trataría de un arbitrio sutil con el que la Administración se disciplina ella misma, sirviéndose para ello de los ciudadanos que le señalen en sus recursos las cuestiones sobre las que debía ejercer tal disciplina.

Por eso el proceso concluía con la sentencia que se pronunciaba sobre la conformidad o disconformidad del acto enjuiciado con la Ley, correspondiendo a la Administración autora del mismo extraer todas las consecuencias que pudieran derivarse de ese juicio. El *Conseil d'Etat* carecía de cualquier poder para imponer en el terreno de los hechos las consecuencias de su juicio eventualmente anulatorio, lo que venía a demostrar, adicionalmente, que

no era propiamente un juez porque de serlo le hubiese correspondido, además de tutelar derechos, ejecutar forzadamente sus fallos e imponer todas las consecuencias derivadas de los mismos.

La fuerza de esa construcción, lógica y rigurosa, quedaba respaldada por la existencia de un recurso «de plena jurisdicción», que sí daba lugar a un verdadero proceso entre partes y en el que la parte privada pedía la tutela de un verdadero derecho subjetivo. Por ello, en él han sido admitidas las sentencias de condena o *injonctions* (inimaciones de hacer o de no hacer) y el poder sustitutorio del acto enjuiciado, lo que vimos que no cabía en el recurso por exceso de poder. Lo único que impediría calificar de proceso judicial al que sustanciaba este recurso era la falta de *status* judicial formal del órgano llamado a resolverlo, una formación administrativa especializada pero independiente para adoptar su decisión, así como su privación de poderes de ejecución forzosa contra la Administración. Pero este recurso no podía suplir, manifiestamente, el desamparo en que el *excès de pouvoir* dejaba a los derechos subjetivos de los ciudadanos, puesto que el desarrollo del recurso de plena jurisdicción concluyó limitando su aplicación a los solos derechos de naturaleza patrimonial (contratos, responsabilidad extracontractual, más tarde tributos). Sería absurdo pretender que los derechos subjetivos de los ciudadanos frente al Estado habrían de limitarse a los de naturaleza patrimonial. Todo el grueso de los derechos subjetivos de los ciudadanos, en el complejo mundo de relaciones que mantienen con la moderna Administración, quedaba así remitido al proceso del *excès de pouvoir*, vía angosta y notoriamente insuficiente, puesto que tales derechos no podían jugar en él, limitado al plano estrictamente «objetivo», ningún papel, sobre todo en el terreno sustancial de la tutela efectiva (su reconocimiento,

su protección, su imposición cuando son desconocidos por la Administración), tutela que como tales derechos subjetivos exigen, con toda evidencia, en un verdadero Estado de Derecho.

II

¿Puede ser cierto que no existan en la sociedad contemporánea derechos subjetivos de los ciudadanos dignos de tutela distintos de los estrictamente patrimoniales? Resultaría imposible poder sostener afirmativamente ese aserto.

No haremos aquí, sin embargo, ninguna disertación abstracta sobre el tema. Con independencia de lo que luego expondremos en el ámbito del Derecho Comparado, vamos a limitarnos a reflexionar sobre cómo, a nuestro juicio, esos derechos subjetivos han concluido por hacerse presentes en el propio contencioso administrativo francés rompiendo la imponente y cuidadosa (además de admisible por su rendimiento práctico) construcción de la justicia administrativa francesa.

La legislación, por una parte; la práctica de la Sección de la Memoria y Estudios del Consejo de Estado, en orden sobre todo a aconsejar a la Administración sobre la ejecución correcta de todas las consecuencias derivadas de los fallos anulatorios; la práctica jurisprudencial, por otra (aunque ésta aún en mucha menor medida, por cierto; rompiendo con una tradición que parecía firme, la nueva configuración del contencioso-administrativo francés está siendo la obra del legislador y del poder reglamentario más que de la jurisprudencia, por vez primera—con muy limitadas excepciones— en su historia, aunque las más relevantes de estas iniciativas normativas hayan surgido

del propio *Conseil d'État*, o hayan sido respaldadas por él), han afectado a la pureza de la imponente construcción del *excès de pouvoir* por la resuelta aparición de una perspectiva inequívocamente «subjetivista» en las nuevas regulaciones.

Esa perspectiva comienza, según entiendo, con la Ley de 16 de julio de 1980 y su Decreto ejecutivo de 12 de mayo de 1980, luego modificado en 1998, que dotan por vez primera al juez contencioso de poderes de ejecución forzosa de sus pronunciamientos anulatorios o de condena, poderes ejercitables a través de un sistema de *astreintes* o multas coercitivas, que intentan forzar la voluntad renuente de la Administración a la ejecución; de *contrainte de paiement*, que hace ejecutoria por sí misma, con obligación personal de pago por parte del tesorero, la liquidación hecha por el juez; en fin, de *amendes* o multas en caso de incumplimiento, que pueden dirigirse contra la Administración condenada o incluso contra sus agentes responsables. Viene luego la serie reglamentaria que ha desarrollado las técnicas de *référé* o de tutela cautelar dirigidas a petición del recurrente contra la Administración autora del acto recurrido, a la que se puede privar así con normalidad de su viejo privilegio de la ejecutoriedad absoluta (una Ley, por cierto, que acaba de ser aprobada en 30 de junio de 2000, generaliza y extiende estos «procedimientos de urgencia», que han pasado a ser ordinarios). En fin, la Ley de 8 de febrero de 1995 ha extendido a todos los grados jurisdiccionales esos poderes de ejecución, los ha hecho más operativos y ha quebrantado la vieja incapacidad del juez contencioso-administrativo para dictar *injonctions* o condenas de hacer contra la Administración para imponer la ejecución forzosa de todos los actos que exija la efectividad de los fallos hasta ahora meramente anulatorios.

Todos esos poderes nuevos del juez contencioso-administrativo francés son, con plena evidencia, correlativos de otros tantos derechos de los ciudadanos como verdaderas partes procesales: derecho a obtener medidas protectoras de sus respectivas situaciones subjetivas al inicio o en el curso del proceso por medio de *référés* (derecho que, por cierto, el Tribunal Constitucional español ha declarado incluido en el de obtener «tutela judicial efectiva» en toda clase de derechos e intereses que proclama el artículo 24 de la Constitución, artículo correlativo al que para todos los ciudadanos europeos proclama el artículo 6 del Convenio de Roma de Protección de los Derechos Fundamentales, de 1950, aunque esté limitado a los derechos de carácter civil—más en el sentido inglés, lengua también oficial del Convenio, del término *civil rights*, que en el continental de derechos con base en el Derecho Civil—o en acusaciones penales), derecho a obtener de los fallos anulatorios determinados comportamientos o conductas de la Administración condenada, derecho a que el juez emita los correspondientes pronunciamientos o *injonctions* condenatorias para hacer efectivas esas correctivas obligaciones de la Administración condenada.

Me parece completamente evidente, visto el caso con la distancia de quien vive en otro sistema jurídico distinto, que el viejo artefacto del *excès de pouvoir* puramente «objetivista», neutral, reducido a un abstracto control de la legalidad, control que se limitaba cuando era estimatorio del recurso a un fallo estrictamente declarativo de anulación del acto, y nada más, toda esta concepción ha quedado definitivamente afectada por la entrada resuelta en su seno de perspectivas inequívocamente subjetivas. Al hilo del control de la legalidad, se trata ahora abiertamente de que los ciudadanos obtengan la restitución de las ventajas personales de que una ilegalidad administrativa les había privado.

Que un ciudadano pueda obtener ventajas personales, por obra de un Tribunal, por medio de un proceso contencioso y a través de ejecuciones forzosas que el propio Tribunal impone como consecuencia de haber constatado la actuación ilegal de la otra parte, es el reconocimiento inequívoco de que ese ciudadano es titular de verdaderos derechos subjetivos. Ya no podrá decirse más que el *intérêt pour agir* haya sido sólo un requisito de seriedad para abrir el proceso, pero que éste se desentiende de él una vez abierto; véase cómo continúa actuando ese interés (su titularidad, su contenido, su extensión) tanto en la fase preliminar de *référé* como en la de ejecución de lo fallado, con límites perfectamente determinados, que serán los que concreten finalmente las medidas de ejecución forzosa que el Tribunal ha de acordar. Resulta así visible el equívoco de pretender aún que el *excès de pouvoir* se limita al examen de la legalidad «objetiva». La legalidad del actual Estado administrativo no se limita a precisar competencias y procedimientos, sino también el contenido, total o al menos parcial, de la actuación administrativa, el cual parte necesariamente de las posiciones subjetivas de los ciudadanos que cotidiana y normalmente entran en relación con la Administración.

No es cuestión sobre la que vayamos a detenernos, ni en la que nos corresponda siquiera entrar, la polémica que en Francia misma se está desarrollando ya sobre si esa modificación de régimen del contencioso-administrativo ha de interpretarse como una transformación profunda del *excès de pouvoir* hacia posiciones netamente de protección de situaciones jurídicas subjetivas. Hablo de posiciones como la del Presidente Jean Marie Woehrling («Vers la fin du recours pour excès de pouvoir», en *État de Droit. Mélanges Guy Braibant*, 1996; y antes, en la obra colectiva, dirigida por Gardavan y Oberdorff, *Le juge administratif*

à l'aube du XVI^e siècle, 1995, su contribución «L'Arèdeconverte du plein contentieux»; también, su exposición global comparatista *Le contrôle juridictionnel de l'administration en Europe*, en «Revue Européenne de Droit Public», 1994) o de F. Melleray (*Déclaration de droits et recours pour excès de pouvoir*, «Revue de Droit Public», 4, 1998) y otros, citados sobre todo por este último. Está operando, sorprendentemente, por vez primera en toda la historia del contencioso-administrativo francés, la influencia de un modelo extraño, el alemán, especialmente de la figura procesal de la *Verpflichtungsklage* con fundamento en el artículo 19.4 de la *Grundgesetz*.

Me limitaré a ofrecer como *pendant* a la situación actual del contencioso francés algunas reflexiones al hilo de una consideración de otros modelos contencioso-administrativos europeos menos conocidos de los juristas franceses. El sistema alemán está jugando ya el papel de un modelo a seguir y su subjetivización plena y de principio viene impuesta por el citado artículo 19.4 de la *Grundgesetz* o Ley Fundamental: «Todos los que sufran lesión en sus derechos por parte de los poderes públicos tienen derecho a una acción judicial de protección.» Es verdad que dice «lesión en sus derechos», pero, como veremos, hoy esos derechos se conciben con una enorme amplitud, comprensivos de cualquier ventaja personal que los ciudadanos tengan conectados a la observancia de las Leyes por la Administración, ventajas que deben serles mantenidas o restablecidas —y este punto es esencial— cuando han sido despojados ilegalmente de las mismas.

III

La relevancia en el sistema de justicia administrativa de las situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos,

situaciones cuya tutela o protección se pretende obtener, ha sido una cuestión a la que otros sistemas nacionales han aportado una preocupación y unas técnicas que contrastan con las que han predominado en el sistema francés. Acabamos de acudir al paradigmático caso alemán.

El caso italiano tiene un interés particular, ya que fue configurado casi contemporáneamente al *excès de pouvoir* francés. En Italia se entendió que los derechos subjetivos («civiles y políticos») propiamente tales, «aun cuando sea interesada la Administración Pública y aunque se hayan dictado acuerdos del Poder ejecutivo o de la autoridad administrativa», merecen una tutela judicial plenaria y, por ello, una Ley de 1865 (de donde proceden los conceptos entrecuillados) asignó a los Tribunales ordinarios esa tutela. Sobre la base de un famoso discurso de Spaventa de 1880 (creo que así se llama uno de los grandes clásicos del tango en este país: quizás el jurista italiano fuese pariente suyo), que observó que la tutela de derechos subjetivos no agotaba la protección debida al ciudadano, pues éste era también titular de «intereses legítimos», una Ley de 1889, debida a la iniciativa de Crispi, concluyó asignando la protección de tales intereses a una Sección del Consejo de Estado, estatuyendo ya con jurisdicción delegada. El sistema se ha mantenido (con la corrección de que una lista de materias donde se ventilaban inequívocos derechos subjetivos se asignaron en 1924 a la «jurisdicción exclusiva» del Consejo de Estado), e incluso constitucionalizado en 1948, hasta hoy.

Así, pues, aunque en el contencioso-administrativo italiano ante el Consejo de Estado ha influido decisivamente el ejemplo francés del *excès de pouvoir*, en Italia no se ha perdido nunca la conciencia de que la justicia administrativa tutela situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos, aunque no todas alcancen el rango de verdaderos

derechos subjetivos. Importa notar especialmente que la doctrina y la jurisprudencia italianas no confunden los «intereses legítimos» con el mero interés procesal o legitimación para recurrir, sino que —especialmente tras la Constitución, que como tales los considera— se conciben como posiciones jurídicas sustantivas, que amparan situaciones de ventaja personales de sus titulares, resultantes de las normas que imponen al titular de un poder —en este caso, el poder de la Administración— unas modalidades dadas en el ejercicio del mismo. Mazzaroli ha podido decir, por ello, que en la situación jurídica de ventaja del sujeto titular de un interés legítimo son identificables un conjunto de poderes, mediante los cuales le es dado influir sobre el ejercicio del poder administrativo al que dicha situación se conecta, poderes con los que sirve la referida situación de ventaja.

Por ello, las sentencias producidas en los juicios administrativos producen con normalidad, además del llamado *effetto ripristinatorio*, que restituye la situación existente antes de haberse cometido la ilegalidad, posibles efectos declarativos y de condena de hacer. Consecuentemente, la jurisprudencia italiana, primero, luego ya la Ley, han encontrado en el viejo *giudizio di ottemperanza* la posibilidad de una ejecución judicial forzosa (incluso efectuada por un comisario judicial, sin excluir la actuación discrecional) cuando la Administración no ejecuta de hecho los pronunciamientos de las sentencias y todas las consecuencias de las mismas que restituyen ventajas que los ciudadanos perdieron como consecuencia del acto anulado, sin que en ello hayan encontrado dificultades dogmáticas especiales, análogas a las que el *excès de pouvoir* opondría originariamente desde su concepción «objetivista», y que hubo que romper mediante una violenta irrupción legislativa, como ya conocemos.

IV

A) No contaremos la historia, trabajosa, de la justicia administrativa en España. Comenzaremos observando que la Ley de 27 de diciembre de 1956 de la Jurisdicción contencioso-administrativa acertó a configurar un sistema contencioso-administrativo sumamente eficaz, que, no obstante, para adaptarse a la Constitución democrática de 1978, acaba de ser sustituida por una nueva Ley, bien reciente, de 13 de julio de 1998.

En el sistema de la Ley de 1956 se comenzaba ya en su artículo 1 por precisar que su objeto eran «las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo», y estas pretensiones podían ser de dos clases, según especificaban los artículos 41 y 42: declaración de nulidad de un acto o Reglamento, o «el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno reconocimiento de la misma, entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios». Correlativamente a estas dos pretensiones, ejercitables por el mismo cauce procesal, la sentencia estimatoria del recurso, artículo 84, declarararía, si se hubiere ejercitado la primera pretensión, la anulación parcial o total del acto o Reglamento impugnado, la estimación del recurso implicará tal anulación, pero «si se hubieren deducido las pretensiones a que se refiere el artículo 42, reconocerá la situación jurídica individualizada y adoptará cuantas medidas sean necesarias para el pleno restablecimiento de la misma». Obsérvese que para evitar toda polémica sobre si las situaciones invocadas en el proceso alcanzan o no el rango de verdaderos derechos subjetivos, la Ley empleó

la feliz expresión de «situación jurídica subjetiva», sin otra calificación.

No obstante esta «situación jurídica individualizada», la propia Ley, al regular la legitimación o *qualité pour agir*, artículo 28.2, la llamaba más específicamente «un derecho derivado del ordenamiento que se considere infringido por el acto o disposición impugnados». En la práctica procesal y jurisprudencial, sin embargo, ese llamado «derecho» ha sido cualquier ventaja personal que pudiera derivarse de la norma infringida por el acto o Reglamento impugnados, especialmente si la norma de protección habilitaba poderes administrativos reglados, sin mayores precisiones dogmáticas o técnicas. El sistema ha funcionado perfectamente, de modo que han sido totalmente normales las sentencias de condena de hacer o de no hacer dirigidas a la Administración para «restablecer» esa situación de ventaja, así como los pronunciamientos judiciales sustitutivos de los actos administrativos anulados, sustitución que hacía la propia sentencia o algunos de los autos dictados incidentalmente en ejecución de la misma, incluso cuando la legitimación no invocaba derechos subjetivos perfectos.

La Constitución de 1978, artículo 24, impuso una novedad de gran bulto, la calificación de todo el sistema jurisdiccional (en el que está incluido como un orden especializado más —al lado del civil, penal y social— el contencioso-administrativo) como un sistema llamado a otorgar «la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de [los] derechos e intereses legítimos» de «todas las personas», incluyendo la pretensión a obtener esa tutela judicial como un derecho fundamental, dentro de la tabla de derechos fundamentales que la Constitución proclama como uno de sus «valores superiores». Por una parte, con esta regla constitucional han desaparecido todas las viejas inmunidades del poder —tanto las dispuestas por

las Leyes anteriores a la Constitución, a las que se ha entendido que ésta había derogado—, simplemente, como la última que restaba, como supuestamente consustancial al contencioso-administrativo, la de los actos de gobierno. Frente a la antigua cláusula de exclusión de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956, que excluía aun expresamente del ámbito de la jurisdicción a los actos de Gobierno, artículo 2.b), se encuentra ahora en la Ley de 1998 una cláusula de inclusión expresa, artículo 2.b), precepto que los reduce a simples potestades discrecionales controlables siempre por sus elementos reglados. La cláusula general de derecho universal al juez (correlativa del principio básico de la primacía del Derecho) queda así consagrada: es la llamada cláusula regia o de coronación del Estado de Derecho. Por otra parte, el sistema jurisdiccional entero se ha subjetivado, pues, al concebirse como un respaldo otorgado a esas situaciones jurídicas individuales a las que se califica como «derechos e intereses legítimos». Esta última expresión, que procede del constitucionalismo italiano, donde se utiliza en el sentido que ya hemos expuesto, no ha sido objeto en España (a diferencia de Italia) de ningún intento de sustantivación como figura supuestamente distinta de los derechos subjetivos típicos, quizás porque procesalmente, como hemos visto, no se singularizaban en nada respecto de tales derechos estrictamente considerados. Más bien se ha entendido como una confirmación de que cualquier ventaja personal, de cualquier carácter, que un ciudadano pueda derivar de la Ley es, sin más, protegible, exactamente como un derecho subjetivo prototípico, y, por tanto, digno de ser protegido y restablecido igual que éste si la Administración la desconoce actuando ilegalmente. lo que elimina la exigencia de distinciones y sutilezas como las que han sido tan frecuentes en la doctrina italiana.

Esa conclusión ha sido sancionada tanto por los Tribunales contencioso-administrativos, como por el Tribunal Constitucional, como por la doctrina. Ha prevalecido en ésta una extensión resuelta del concepto de derecho público subjetivo, que parte del viejo concepto revolucionario de la libertad (art. 5 de la Declaración francesa de los derechos del hombre de 1789, ya citado al comienzo de esta disertación: «... Todo lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido y nadie puede ser forzado a hacer lo que ella no ordena»; esto es la base de la libertad en un sistema de legalidad administrativa, art. 4 *ibidem*). La ley acota el campo de las acciones legítimas de la Administración, sobre el cual, correlativamente, queda protegida la libertad inicial y básica de los ciudadanos. La asignación por el ordenamiento de un recurso jurisdiccional para atacar las actuaciones administrativas contra la ley protege, justamente, esa libertad. El perjuicio o lesión que se invoca para abrir el recurso no es, por tanto, un «simple requisito de seriedad», sino que es *la pretensión que se dirige a preservar el propio círculo vital frente a las actuaciones administrativas que se entiende que no están cubiertas por la ley*. En cuanto la ley ha otorgado una acción judicial con este objeto, ha reconocido un derecho subjetivo a la eliminación de ese perjuicio injusto, un derecho de protección, lo que el francés Paul Roubier, en su obra clásica sobre los derechos subjetivos (1963), llamaría «un derecho reaccional», derecho cuya protección efectiva sería el objeto mismo del proceso. Incidentalmente notaremos que en la situación anterior a la producción del perjuicio que se invoca como *qualité pour agir* no existía propiamente ningún derecho, sino una libertad abstracta (por ejemplo: yo no tengo ningún derecho subjetivo a que un Consejo Municipal delibere y adopte acuerdos en la forma establecida por las leyes), pero esa libertad se transforma en

un verdadero derecho en cuanto la ley pone a su servicio una acción judicial de *redressement* para protegerme de los perjuicios que en un mundo de intereses (materiales, de cualquier carácter) se producen en mi perjuicio cuando ese Consejo Municipal no actúa conforme a las reglas de la legalidad: son esas ventajas subjetivas las que el recurso protege (como vivamente siente el recurrente, que no suele tener vocación de Fiscal, sino la de luchar por su propio derecho), no el abstracto interés objetivo de la Administración porque sus órganos funcionan legalmente. Esta construcción ha sido ratificada expresamente por el Tribunal Constitucional y vive pacíficamente, y fecundamente, en la práctica contencioso-administrativa cotidiana española.

B) Este carácter, resueltamente subjetivista, del sistema español de justicia administrativa ha quedado definitivamente confirmado por la Ley Jurisdiccional, hoy vigente, de 13 de julio de 1998. Vuelve a insistir su artículo 1 en que el objeto del proceso es siempre enjuiciar «las pretensiones» que deduzcan los recurrentes (art. 1), excluyendo así a *limine* cualquier construcción que pretendiera hablar de un «proceso al acto», abstractamente. La *qualité pour agir* o legitimación es siempre la invocación de «un derecho o interés legítimo» (art. 19). Pero las pretensiones que las partes pueden ejercitar se han ampliado ahora, artículos 29 y siguientes; además de la simple anulación de un acto o de un Reglamento y del reconocimiento «de una situación jurídica individualizada y el pleno restablecimiento de la misma», dualidad que se toma de la Ley anterior (aunque sin condicionar ya ese restablecimiento a la invocación previa de un derecho subjetivo, y ello porque esta limitación vulneraría el art. 24 de la Constitución), la Ley de 1998 ha añadido aún dos pretensiones posibles nuevas: primero, en el caso de «inactividad de

la Administración Pública», que se entiende producida cuando «en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas» (se especifica, en particular, que esta situación comprende el supuesto de que «la Administración no ejecute sus actos firmes»), quien tenga derecho a esa actividad puede pedirle al Tribunal contencioso-administrativo que la imponga en su sentencia; segundo, en el caso de vía de hecho, para pedir el cese de dicha actuación y que se restablezca la situación jurídica afectada.

Los comentaristas de la nueva Ley han entendido que el recurso contra la inactividad de la Administración está inspirado en la *Verpflichtungsklage* estrictamente tal del sistema contencioso-administrativo alemán. El resto es una remodelación de la tradición propia. En el caso de vía de hecho se admite que esta nueva vía contencioso-administrativa no excluye la posible intervención eventual de la jurisdicción civil ordinaria.

A esta considerable apertura de las pretensiones ejercitables en el recurso contencioso-administrativo se añade ahora —corrigiendo lo que era una grave carencia del sistema de la Ley de 1956— un sistema efectivo de ejecución forzosa por los propios Tribunales de sus sentencias estimatorias o condenatorias. No ha existido en España desde la Ley de 1956 el problema de la existencia de un efectivo poder de *injonction* de los Tribunales contra la Administración cuando se trataba de «restablecer las situaciones jurídicas subjetivas» que habían resultado afectadas por los actos o Reglamentos anulados; tal poder está incluido en el fallo que declara la obligación de ese restablecimiento, obviamente, incluyendo un verdadero «poder de sustitución» de los actos anulados que desconocían tales situa-

ciones jurídicas. Sin embargo, en la Ley de 1956, siguiendo el sistema francés originario, el Tribunal carecía de poderes directos de ejecución forzosa y esta ejecución era competencia de la Administración, sin perjuicio de las intenciones que los Tribunales podían dirigirla y de la posibilidad, actuada con alguna frecuencia, de que se incriminase a las autoridades o funcionarios responsables de la inejecución por el delito de desobediencia a los Tribunales. Ahora, en la Ley de 1998 vigente esas posibilidades se mantienen, pero se reconoce explícitamente, de acuerdo con los nuevos principios constitucionales, que «la potestad de hacer ejecutar las sentencias y demás resoluciones judiciales corresponde exclusivamente a los Jueces y Tribunales de este orden jurisdiccional» (art. 103.1). Se define una obligación específica de «todas las personas y entidades públicas y privadas» de «prestar la colaboración requerida por los Jueces y Tribunales de lo contencioso-administrativo para la debida y completa ejecución de lo resuelto» (art. 103.3), siendo nulos de pleno derecho «los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento», nulidad que se declarará incidentalmente entre los trámites de la ejecución (art. 103.4 y 5).

A efectos del ejercicio de esos poderes ejecutivos directos, la Ley prevé que se dará un plazo a la Administración para que «lleve la sentencia a puro y debido efecto», pasando el cual puede instarse su ejecución forzosa, que remite al sistema ejecutivo del proceso civil (art. 104). Se prevé también, específicamente, la ejecución directa «a través de medios propios» o requiriendo la colaboración de las autoridades o agentes públicos y la ejecución subsidiaria a cargo de la Administración condenada (art. 108). Se prevé también un régimen de *astreintes* o multas coercitivas

a autoridades, funcionarios y agentes y de eventual responsabilidad penal (art. 112).

Merece subrayarse que para todas estas medidas de ejecución la Ley no establece ninguna distinción de las sentencias según el tipo de pretensión que se hubiese ejercitado, esto es, de mera anulación, de restablecimiento de situaciones jurídicas individualizadas, contra la inactividad de la Administración o contra vías de hecho imputables a ésta. Todas son iguales en cuanto a su enérgica pretensión de ser llevadas a efecto bajo la autoridad del propio juez o Tribunal.

En materia de medidas cautelares una cláusula abierta, artículo 129, permite al Tribunal configurar cuantas resulten oportunas para «asegurar la efectividad de la sentencia final».

La subjetivización plena del sistema español de justicia administrativa ha quedado, pues, definitivamente establecida, en servicio del mandato explícito del artículo 24 de la Constitución.

V

Me parece que podría hablarse, probablemente, de un resuelto «cambio de paradigma», en el sentido de la conocida obra de Thomas Kuhn sobre las revoluciones científicas. El contencioso-administrativo, de ser un medio de orden público de protección de la legalidad de la Administración, ha pasado a ser en este fin de siglo, en varios países de la Unión Europea y aun, con todas las prevenciones que se quieran, incoativamente al menos, en Francia misma, país que forjó brillantemente el modelo, un sistema de tutela o protección de derechos e intereses legítimos de los ciudadanos. El siglo en el que acabamos de

entrar nos hará ver si esta tendencia, ya claramente discernible, como me he esforzado en exponer, se confirma definitivamente y nos hace iniciar un nuevo período, período en consonancia con el de primacía de los derechos fundamentales que caracteriza el sistema de Estado de Derecho de nuestro tiempo.

L. Cordero - C. Brunaud.

CONSEJO EDITORIAL

MANUEL ALONSO OJEA
LUIS DIEZ-PICAZO
EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA
JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ
AURELIO MENÉNDEZ
GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA

BIBLIOTECA
L. CORDERO - C. BRUNAUD

PROBLEMAS
DEL DERECHO PÚBLICO
AL COMIENZO DE SIGLO
Conferencias en Argentina

Prólogo de Agustín Gordillo

