

Eduardo García de Enterría

## **La jurisdicción contencioso-administrativa hoy**

Pudo parecer en su momento que la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, venía a cerrar, de manera especialmente feliz, el largo debate que sobre esta materia se había abierto en los inicios del régimen constitucional, más de cien años antes. Por más que el progreso que esa Ley significó fue sustancial, la ilusión de que con ella se cerraba ese debate histórico está hoy quemada. La simple incidencia de la Constitución, con su proclamación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en todos los órdenes jurisdiccionales, y por tanto en el contencioso-administrativo (art. 24), más la proclamación del «sometimiento pleno de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho», correlativo del control judicial sin reservas de la Administración (art. 106.1), y, en fin, el principio de que la potestad jurisdiccional propia de los órganos judiciales de todos los órdenes significa el poder «exclusivo» de juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3), siendo en todo caso obligatorio cumplir las sentencias y demás resoluciones de los Tribunales (art. 118), todo esto ha hecho visible de manera espectacular las carencias de nuestro contencioso-administrativo, hoy aún en manifiesto déficit sobre las exigencias constitucionales.

La Constitución obliga a convertir al contencioso-administrativo en un sistema judicial plenario, en donde no tienen ya cabida los viejos privilegios de exención del Príncipe que pasaron en su momento al sistema de justicia administrativa edificada trabajosamente tras la Revolución Francesa. Es bien sabido que ese sistema partió de una interpretación del principio de división de los poderes que lo equiparaba,

pura y simplemente, a la exención judicial del Ejecutivo (Ley de la Asamblea Constituyente de 1790). Sobre esta exención de base laboraron tenazmente los juristas para insertar algún tipo de control para-judicial (ya que el judicial estaba expresamente prohibido) que salvase otros dos principios sustanciales del ideario revolucionario: el principio de legalidad del poder público (sólo se puede gobernar o exigir obediencia «en virtud de la Ley», porque la Ley es la única expresión de la voluntad del titular del poder, que es el pueblo) y la idea de la libertad del ciudadano, entendida en su base primaria como la libertad de no recibir órdenes o limitaciones que no estuviesen legitimadas en la Ley y, además, como una libertad «garantizada», en los términos del artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, esto es, no dejada a la simple buena voluntad del imperante o del funcionario. Ha sido la contraposición dinámica entre esos dos grandes polos de la exención judicial del Ejecutivo y de la libertad del ciudadano, que postulaba legalidad de la Administración y garantía efectiva sobre su observancia, la contraposición que ha animado durante los dos siglos hoy transcurridos desde la Revolución Francesa el gran debate y la incesante reconfiguración institucional de la justicia administrativa. El contencioso-administrativo fue el difícil arte de armonizar esos contrarios, *concordantia opositorum*.

Tanto esfuerzo admirable, tanta sutileza acumulada, tanta finura de autores y de jueces, una «lucha por el derecho» sostenida durante dos siglos donde se han dado cita los mejores juristas de tantos países, merecen respeto. Sus logros no han sido, en ningún caso, magros. La justicia ha sido ejemplarmente servida. Pero ocurre que ahora esa contraposición entre principios radicalmente contrarios, que hacía tan delicado y comprometido el mecanismo de control judicial de la Administración, esa contraposición ha quedado disuelta, simplemente. Para nosotros en particular, el nudo gordiano se ha cortado. Ahora, frente a los principios de libertad y de legalidad de la Administración, que postulan una tutela judicial efectiva o «garantizada» en beneficio del ciudadano, no se opone principio constitucional alguno del mismo rango que privilegie a la Administración con cualquier exención, antes bien, la misma Constitución ha declarado el sometimiento pleno de la Administración a la Ley y al Derecho y, por ende, al Juez, que es el primero de los instrumentos del Derecho como orden eficaz. El cambio de panorama es, pues, radical.

Los avances sustanciales que supuso en su tiempo la Ley Jurisdiccional de 1956 y los que aportó una jurisprudencia aplicativa de esa Ley, jurisprudencia por vez primera creadora en la historia de nuestro Derecho Administrativo, todo eso ha sido un progreso considerable de nuestro sistema jurídico. Ese progreso ha preparado el paso subsiguiente que ahora la Constitución ha venido a imponer, pero en modo alguno excluye o hace ocioso ese paso.

Coincide la ocasión de este cambio en nuestro país con una circunstancia no muy distinta en los demás países europeos. Está, por una parte, el influjo de las dos jurisdicciones europeas (la de Luxemburgo, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, y la de Estrasburgo, Tribunal Europeo de Derechos Humanos). Aunque la primera de ellas se montó sobre el modelo paradigmático del contencioso francés, es lo cierto que ha acertado a superar más de una de sus limitaciones (por ejemplo, en el recurso por inactividad, deudor en parte del sistema alemán, o en el desarrollo espectacular y resuelto de la técnica de los principios generales del Derecho, o en su paralelismo parcial con la justicia constitucional). Estrasburgo ha podido, con especiales limitaciones derivadas del texto del Convenio Europeo de Derechos Humanos, su única norma de referencia, imponer ciertas reglas en los sistemas europeos del contencioso-administrativo a partir del artículo 6 del Convenio, derecho al debido proceso, reglas que han impuesto ya cambios legislativos sustanciales en diversos países miembros del Convenio (Suecia, Holanda, Suiza), y que potencialmente pueden llegar en todos los Derechos de modelo francés a condenar la abdicación por los Tribunales en favor de la Administración de la facultad de ejecutar las Sentencias contencioso-administrativas. Sobre esto, acaban de salir las actas del Congreso de Salzburgo de septiembre de 1988, que organizó el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de dicha ciudad, cuyo tema fue «Garantías judiciales para los procedimientos administrativos» (Franz MATSCHER, ed., *Verfahrengarantien im Bereich des öffentlichen Rechts*, Schriften des Oesterreichischen Institut für Menschenrechte, N.P. Engel Verlag, Kehl am Rhein—Strassbourg—Arlington, 1989). Podrá verse que la revolución que en el contencioso-administrativo europeo ha supuesto la jurisprudencia de Estrasburgo sobre el artículo 6 del Convenio ha sido realmente importante, hasta el punto de que algunos países han hablado incluso de denunciar dicho Convenio y apartarse de un sistema que les ha impuesto transformaciones sustanciales de sus regímenes contencioso-administrativos que ellos íntimamente no deseaban (es el caso de Suiza, en concreto). Permítaseme que me remita a mi Ponencia en dicho Congreso, donde me tocó exponer el efecto de la jurisprudencia de Estrasburgo sobre el contencioso-administrativo de los países latinos o de *Droit Administratif* estricto, páginas 81 y siguientes del libro citado.

Pero al lado de esas causas exógenas, todos los sistemas nacionales contencioso-administrativos europeos están en este momento sometidos a un fuerte proceso de transformación por exigencias derivadas de su propio funcionamiento y de la superior conciencia de unos principios básicos que vienen a ser los mismos que los que entre nosotros ha venido a vehicular la Constitución solemnemente. Todo eso se torna especialmente agudo en una sociedad como la actual, apoyada en

muy buena parte sobre prestaciones administrativas, pero vivida especialmente como una sociedad de hombres libres e iguales. Estamos justamente en un momento crítico en la historia del contencioso, de modo que será ilusorio intentar cubrir cualquier voluntad (o noluntad, propiamente) de resistencia al cambio con la apelación a lo que esté pasando en otros países europeos. Lo que está pasando nos impulsa precisamente a la depuración resuelta del sistema contencioso-administrativo.

El ejemplo más espectacular es, con mucho, el francés, porque francés ha sido el modelo de todo el contencioso moderno y su perfección (nada imaginaria, por otra parte) había ofrecido un tranquilizador paradigma, en el que sus propios juristas se complacían y al que los demás envidiaban y procuraban calcar. He explicado, en un libro reciente (*Hacia una nueva justicia administrativa*, Cívitas, 1989), cómo ha surgido el fin de ese paradigma, con una súbita e inesperada erupción de crisis. Es curioso que en este momento el *Conseil Constitutionnel*, que hace las veces en Francia de Tribunal Constitucional, haya decidido (Decisión de 5 de enero de 1987) proclamar como un «principio fundamental reconocido por las Leyes de la República» (que es uno de sus parámetros de constitucionalidad, como es sabido, a través del Prámbulo de la Constitución de 1946) la vieja Ley de Separación entre la Administración y los Tribunales, de 1790, esto es, como un principio constitucional que se impondría hoy al legislador. Esta declaración, un tanto inoportuna, ha sido ya discutida en el plano histórico y jurídico (L. FAVOREAU, *Le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires n'a pas valeur constitutionnel*, en «Revue Française de Droit Administratif», 1987, páginas 301 y siguientes, y S. VELLELY, *La constitutionnalisation d'un mythe: justice administrative et séparation des pouvoirs*, en «Revue de Droit Public», junio de 1989, páginas 767 y ss.). Pero en último extremo no se concreta, en modo alguno, en la vieja exención judicial del Ejecutivo, sino en la simple consecuencia orgánica de que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo permanezca separado del orden judicial ordinario. Así se desprende, sin equívocos, de todo el texto de la Decisión, donde lo único que se cuestionaba en la Ley impugnada era si la revisión jurisdiccional de un acto de un organismo administrativo debía corresponder a los Tribunales ordinarios o a los contencioso-administrativos.

La crisis del contencioso francés, que se ha hecho visible con ocasión de la reforma orgánica de la Ley de 31 de diciembre de 1987, de su elaboración y de su crítica, ha motivado ya nuevas reformas normativas e incluso el encargo por el Primer Ministro al Consejo de Estado de una propuesta de revisión del sistema administrativo de ejecución de las Sentencias, lo cual será por sí solo capital. Se ha parado

mientes, de pronto, en que un sistema en el que 600 Sentencias condenatorias de la Administración por año no se cumplen, simplemente, porque la Administración se niega a ello, es difícil que pueda mantener su legitimación en una sociedad y un orden político como los actuales. Entre las reformas introducidas ya, una resuelta ampliación de las medidas cautelares disponibles por el Juez contencioso, con habilitación incluso de medidas cautelares positivas y no de simples suspensiones, se ha considerado imprescindible y está ya funcionando.

Es digno de notarse que en Italia, sobre un sistema tomado del modelo francés, la puesta a punto ha estado determinada por una Sentencia de la *Corte Costituzionale*, la número 180, de 28 de junio de 1985, que declaró contraria a la Constitución la limitación de las medidas cautelares que establecía la Ley de procedimiento ante las jurisdicciones administrativas a la sola suspensión del acto impugnado. El argumento básico de la Sentencia es que *la duración del proceso no debe causar ningún perjuicio al demandante que tiene razón* (declaración que, por cierto, el Abogado General del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas Tesouro, en sus importantes Conclusiones sobre el asunto *Factortame* —Sentencia de 19 de junio de 1990— eleva a la categoría de «principio general de Derecho» desde la perspectiva, que esta Sentencia proclama sin equívocos, de que la «tutela judicial efectiva» impone que el juez pueda disponer de la facultad de adoptar todas las medidas cautelares que sean precisas para evitar la frustración ulterior de la decisión sobre el fondo). Ello ha llevado en Italia a una generalización de las medidas cautelares, suspensivas o positivas o sustitutorias frente a los actos denegatorios (reglados). Como ha dicho ZAGREBELSKY, esta Sentencia constituye «una etapa importante en la racionalización de una *justicia de urgencia*, que termina —en este sector como en la mayor parte de los demás sectores de la actividad judicial— por reemplazar a la *justicia definitiva*, enferma de los retrasos, ya crónicos, que hacen cada vez más problemático el respeto efectivo (es decir, en plazos razonables) del derecho a la garantía judicial de las posiciones subjetivas». En la práctica, a través del *fumus boni iuris*, se llega de forma inmediata mediante esta vía cautelar generalizada a restablecer la situación *prima facie* injusta creada por el acto administrativo, remitiendo la decisión de fondo (que en la inmensa mayoría de los casos no hace más que ratificar la medida cautelar inicial) a los 6-8 años que por término medio —como entre nosotros— tarda en sentenciarse el proceso en dos instancias.

Los problemas de la ejecución de Sentencias se han canalizado en Italia hacia dos medidas que se han revelado sumamente eficientes: el juicio de *obtemperanza*, rehabilitado y generalizado desde una antigua construcción jurisprudencial específica, y la posibilidad de que el Juez confíe esa ejecución resistida a comisarios *ad hoc*, designados por él

mismo y habilitados con todos los poderes para ello, como órganos propios de la Administración condenada, y responsables ante el propio Juez; de hecho, tales comisarios suelen nombrarse entre altos funcionarios de la Administración de que se trate, cuya responsabilidad penal queda comprometida ante el Juez por la no ejecución de la comisión y que en la práctica proceden, virtualmente sin excepciones, a ejecuciones inmediatas.

En Inglaterra una espectacular reforma iniciada también por los propios Jueces ante la inactividad del legislador, confirmada y legitimada luego por éste en 1981, ha dado una imagen completamente nueva, y especialmente brillante, al sistema de justicia administrativa. Una Sentencia de los Lores de 19 de mayo de 1989, que yo mismo acabo de comentar en REDA, núm. 63, ha venido a afectar a esta nueva imagen, al poner en cuestión, manejando de nuevo viejos argumentos historicistas y la inercia de un sistema secular de privilegios regios, la posibilidad misma de medidas cautelares contra la Corona —sobre el mismo tema, pues, en que en Francia y en Italia se ha creído imprescindible un incremento de los poderes judiciales.

Sería pretencioso que desde esta posición liminar, que tan generosamente me ha otorgado Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, intentase yo hacer un catálogo de las reformas que precisa nuestro contencioso. Será éste, sin duda, el contenido sustancial de esta publicación, al que me cumple remitirme. Esas reformas deben ser todas las necesarias para imponer los mandatos constitucionales, simplemente. Sólo los beneficios posicionales de la Administración que resulten estrictamente justificados en las necesidades de la gestión de los servicios públicos podrán ser mantenidos, pero rigurosamente circunscritos a ese fin, de modo que se proscriba la posibilidad de su utilización como simple ventaja de hecho que desequilibre la relación entre dos sujetos de derecho y que permita en la práctica imponer abusivamente a uno de ellos soluciones arbitrarias. Un solo ejemplo: no hay prácticamente razones aducibles de interés público (contra lo que ha pretendido la Ley 62/1978, en otros aspectos tan progresiva) aducibles para excluir la solución de medidas cautelares cuando el *fumus boni iuris* las impone y el riesgo de defraudación de una justicia efectiva sin tales medidas (*periculum morae*) no es imaginario. Es claro que el artículo 24 de la Constitución no condiciona su mandato de tutela judicial efectiva a cualquier razón, real o supuesta, de interés público ante el cual deba ceder o contraerse el derecho fundamental de que se trata, y, sin embargo, es esto lo que se pretende y lo que nuestro sistema practica. También es claro que la carga de que la justicia no se preste «sin dilaciones indebidas» no debe recaer en exclusiva, en modo alguno, sobre los ciudadanos que recurren contra la Administración; más bien resulta que suyo es el derecho fundamental a que esas dilaciones no

ocurran, como precisa sin equívocos el mismo artículo 24 de la Constitución, y que, por otra parte, no es del todo inocente la propia Administración en esa situación de pasividad de la Justicia al privar a ésta de los medios precisos para evitar dicha situación y al retrasar los envíos de expedientes, la presentación de los escritos (cuando con tanto rigor se imponen los plazos a los recurrentes), o la ejecución de las Sentencias. Más llanamente: encima de que el justiciable sufre la dilación indebida del proceso, no puede pretenderse que en esa dilación tenga que perder, además, la tutela judicial efectiva en cuanto a la decisión de fondo si se le niegan medidas cautelares; no hay causa de «interés público» capaz de justificar esa doble violación en cadena del artículo 24 de la Constitución. No otra, en definitiva, es la base de la simplísima solución a que han llegado los Jueces italianos, comunitarios y franceses generalizando el otorgamiento de medidas provisionales que privan a la Administración de una ventaja inicial injusta.

La exigencia de la ejecución inmediata y completa de las Sentencias firmes es aún más obvia. Todo esto no es ya ni siquiera discutible, desde el momento en que se trata de la estricta obligación de acomodarnos a lo que la Constitución impone como pauta inequívoca.

Pero sí quisiera añadir algo que juzgo capital y a lo que hasta ahora no me he referido. No hay reforma normativa eficaz de cualquier orden jurisdiccional si no se dispone de un plantel personal de Jueces capaces de dar vida a la abstracción de los textos normativos, y esto (*men, not measures*) es especialmente cierto en el ámbito del Derecho Público. Carecemos aquí de la seguridad y de la decantación de un Código, asentado a través del trabajo de generaciones y fruto él mismo de tradiciones seculares. En el Derecho Público los principios constitucionales y su evolución interpretativa, las transformaciones políticas y sociales, la movilidad espectacular e incesante de las normas, obligan a los juristas a tener que discernir criterios jurídicos mucho más problemáticos y variables que los que se manejan en otras ramas del Derecho. Esto exige que los Jueces dispongan de una formación especializada especialmente firme, ante la imposibilidad de descansar en la tradición o en la simple hermenéutica literal de los textos. Uno de los problemas capitales de una buena jurisdicción contencioso-administrativa es por eso el disponer de un plantel de Jueces que sean verdaderos especialistas, capaces de no perderse en las complicadas sirtes de una legislación motorizada y de reconducir los problemas casuísticos a los grandes principios que ordenan el inmenso material normativo y evitan su reducción a caos. Este es, me parece, todo el sentido actual de la vieja cuestión sobre el carácter especializado o general de la jurisdicción contencioso-administrativa. Una cualidad innegable del sistema francés estricto de justicia administrativa es la cualificación indiscutible de sus Jueces. Esa cualificación, más cuestionable cuando la ju-

jurisdicción contencioso-administrativa se encomienda a los Tribunales ordinarios, es imprescindible también para que el sistema funcione dentro de este sistema, como es el caso español.

La Ley de 1956, que efectuó la jurisdiccionalización cuasi completa del contencioso-administrativo, acertó, no obstante, a cualificar a sus miembros mediante el sistema de la escala especial de lo contencioso-administrativo nutrida a través de pruebas especiales. El éxito de la Ley de 1956 estuvo probablemente más en la alta especialización que consiguió imprimir en sus Magistrados que en su simple esquema organizativo. Los responsables del Poder Judicial deberán tener muy en cuenta esa experiencia para que no se pierda en modo alguno y, antes bien, pueda en su caso perfeccionarse. Sin ello, cualquier reforma no sólo sería vana, sino también —debe decirse rotundamente— peligrosa, y ello tanto para la Administración, cuyas funciones constitucionalmente propias no puede intentar invadir ningún Juez, como para los ciudadanos, porque el respeto de esas funciones no requiere en ningún caso el sacrificio gratuito de sus derechos.