

El problema de la jurisdicción administrativa *

SUMARIO: I. EL SISTEMA ITALIANO DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA SURGIDO EN EL SIGLO XIX CON CARÁCTER PLURAL QUE AÚN HOY CONSERVA. II. LAS ESCASAS MODIFICACIONES DEL SISTEMA DURANTE EL SIGLO XX, QUE NO HAN ALTERADO SU FISONOMÍA ESENCIAL. III. LA CENTRALIDAD DE LAS DOS JURISDICCIONES GENERALES Y LA CUESTIÓN RELATIVA AL CRITERIO DE REPARTO. IV. OTRA CUESTIÓN CRÍTICA DEL DUALISMO DE LAS JURISDICCIONES GENERALES: LOS LÍMITES DE LOS PODERES EJERCITABLES POR UNO Y OTRO JUEZ. V. EXAMEN DE ALGUNOS PROBLEMAS QUE, EN EL ÁMBITO DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA, AFECTAN EN PARTICULAR A LA JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA Y AL PROCESO CONTENCIOSO: EN PRIMER LUGAR, EL PROBLEMA DE LA NATURALEZA DEL PROCESO CONTENCIOSO. VI. EL PROBLEMA DE LA DURACIÓN DE LOS PROCESOS Y DE LA EFECTIVIDAD DE LA TUTELA.

Traducción: Miguel CASINO RUBIO.

* Lección de clausura del Curso de Doctorado sobre la Justicia administrativa, dirigido por el prof. J. Tornos Mas, dictada en la Universidad de Barcelona el 16 de mayo de 1996 y, después, recogida en *Diritto processuale amministrativo*, 1997, núm. 1.

Para el desarrollo del tema he utilizado algunos de mis trabajos anteriores, entre otros, además del *Manuale de diritto processuale amministrativo*, Milano, 1990, los tres siguientes: «Giustizia amministrativa», en *Enc. giur.*, XV, 1988; «Riflessioni sul sistema italiano de giustizia amministrativa», en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993; «Attuali problemi del processo amministrativo», en *Foro amm.*, 1994.

I. EL SISTEMA ITALIANO DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA SURGIDO EN EL SIGLO XIX CON CARÁCTER PLURAL QUE AÚN HOY CONSERVA

El sistema italiano de justicia administrativa, esto es, el modo en que se organiza en Italia la tutela de los sujetos en relación con la Administración pública, es sustancialmente, todavía hoy, aquél que se formó en el siglo XIX durante los primeros decenios posteriores a la unificación del Estado italiano, en 1861; y que se fraguó a partir de algunas importantes leyes de reforma, aún vigentes, y en particular de la Ley de 20 de marzo de 1865, núm. 2248 (anexo E¹), denominada «Ley de abolición de lo contencioso administrativo», la Ley de 31 de marzo de 1877, núm. 3671, sobre conflictos de atribuciones, en parte incorporada al Código de procedimiento civil de 1940, la Ley de 31 de marzo de 1889, núm. 5992, recogida en el Texto Único de 2 de junio de 1889, núm. 6166, sobre Consejo de Estado, y en los sucesivos Textos Únicos de 17 de agosto de 1907, núm. 638, y de 26 de junio de 1924, núm. 1054 (este último todavía en vigor, incluso después de la Ley de 6 de diciembre de 1971, núm. 1034, por la que se crearon los Tribunales administrativos regionales).

La primera de las mencionadas leyes, la de 1865, dictada bajo el impulso de la ideología liberal (recuérdese que por aquel entonces en Italia ocupaba el poder la «Derecha histórica»), suprimió los llamados «Tribunales de lo contencioso», existentes en varios de los Estados en que estaba dividida Italia antes de la unificación; los cuales, no obstante su denominación, no eran realmente verdaderos y propios jueces, sino órganos del propio aparato administrativo, por más que actuaran en parte mediante formas y garantías de tipo «justicialista» (*giustiziale*). Al suprimir estos órganos la Ley atribuyó al juez ordinario todas las controversias con la Administración pública en las que se hiciera «cuestión de un derecho civil o político».

La Ley de 1877 tuvo una importancia menor, en cuanto se limitaba a regular los conflictos entre la autoridad judicial y la autoridad administrativa, de un lado, y entre aquélla y las jurisdicciones especiales, de otro, atribuyendo al Tribunal de Casación (*Corte di Cassazione*) de Roma la competencia de resolverlos.

Notable interés posee, en cambio, la tercera de las leyes citadas, la de 1889, que, al constituir la IV Sección del Consejo

¹ N. del T.: La Ley de 20 de marzo de 1865, núm. 2248, aprobó seis textos legislativos, cada uno de ellos identificados respectivamente con una letra del alfabeto, de la A a la F.

de Estado, junto a las tres Secciones consultivas de las que hasta entonces estaba compuesto, vino en realidad a crear un nuevo juez y una nueva jurisdicción: la jurisdicción administrativa, a la que se atribuyó el contencioso que en 1865 había quedado en manos de la Administración pública, es decir, las controversias en las que no se hiciese cuestión de un derecho subjetivo, previstas genéricamente como «cuestiones no comprendidas en el artículo anterior» (art. 3 de la citada Ley de 1865). A esta Ley de 1889 siguió, al año siguiente, otra (Ley de 1 mayo de 1890, núm. 6839) que atribuyó los recursos en algunas materias de interés local, enumeradas taxativamente, a las Juntas provinciales administrativas, órganos preexistentes bajo las Prefecturas y con funciones esencialmente de control. Surgía así, con estas leyes, la singular dicotomía, *derechos subjetivos-intereses legítimos*, que habría de caracterizar hasta nuestros días el sistema italiano de justicia administrativa, constituyendo en tal forma una *excepción* en el panorama de los sistemas europeos (y también extraeuropeos) de tutela jurisdiccional del ciudadano frente a la Administración pública. Sobre esta dicotomía volveremos en seguida.

Implícitamente queda dicho, en síntesis, que a partir del último decenio de siglo pasado se da vida en Italia a un sistema de «doble jurisdicción», que reproduce en cierto modo el modelo francés, afirmado también en ese país en la segunda mitad del XIX. En rigor, sería quizás más apropiado definir nuestro sistema como un sistema de «jurisdicción múltiple», toda vez que, junto al juez ordinario y el juez administrativo, existían ya con anterioridad algunas jurisdicciones especiales competentes en determinadas materias, como por ejemplo el Tribunal de Cuentas (*Corte dei Conti*), a la que con el tiempo se le sumarían otras jurisdicciones en otras materias, algunas de las cuales sin embargo fueron sucesivamente suprimidas, en fechas más cercanas a hoy, por obra de la Corte Constitucional y como consecuencia de su contradicción con el principio de independencia judicial, proclamado por la Constitución republicana de 1948; entre ellas la jurisdicción de las mismas Juntas provinciales administrativas, surgida, según hemos dicho, en 1890, casi al tiempo de la correspondiente del Consejo de Estado, pero con la diferencia de ser, al contrario que ésta y con carácter general, una verdadera y propia jurisdicción especial, en cuanto prevista para resolver determinadas materias, taxativamente fijadas.

Completaban el sistema de tutela del ciudadano los así llamados «recursos administrativos», es decir, los dirigidos a la propia Administración pública y tradicionalmente divididos en «recurso de oposición», interpuesto ante la misma autoridad autora del

acto impugnado, «recurso jerárquico», ante la autoridad superior, y «recurso extraordinario», ante el Rey (hoy ante el Presidente de la República). Aunque tales recursos no ofrecían ciertamente una tutela plenamente satisfactoria, ya que no constituían verdaderos remedios jurisdiccionales, sí ofrecían una cierta garantía, sobre todo el último, es decir, el recurso extraordinario, en cuanto era resuelto (y es resuelto todavía hoy) sobre el dictamen del Consejo de Estado, esto es, del mismo órgano que ejerce a través de sus distintas Secciones la jurisdicción administrativa.

El sistema italiano, por tanto, nació con una clara impronta plural, que ha conservado sustancialmente inalterada hasta nuestros días; y articulado, resumidamente, en cuatro grupos: uno de naturaleza administrativa (llamado «justicialista» [*giustiziale*]) y tres de carácter auténticamente jurisdiccional (jurisdicción ordinaria, jurisdicción contenciosa y jurisdicciones especiales)

II. LAS ESCASAS MODIFICACIONES DEL SISTEMA DURANTE EL SIGLO XX, QUE NO HAN ALTERADO SU FISONOMÍA ESENCIAL

Durante decenios, por más de un siglo, el aludido sistema no ha sufrido ninguna modificación radical, y sí sólo modificaciones parciales, algunas incluso importantes, que pueden resumirse en las siguientes fechas: 1907, 1923-24, 1948, 1968-71, 1982, 1992-93.

En 1907, con la Ley de 7 de marzo, núm. 62, se creó la V Sección del Consejo de Estado, que absorbió toda la competencia de oportunidad hasta entonces atribuida a la IV Sección junto con la de legalidad. En agosto del mismo año el Consejo de Estado aprobó un TU (R.D. de 17 de agosto, núm. 638) —en sustitución del TU ya citado de 2 de junio de 1889, núm. 6166—, y un Reglamento de procedimiento (R.D. de 17 de agosto, núm. 642), este último todavía hoy en vigor, además de dos Reales Decretos de esa misma fecha (núms. 639 y 643), en materia de Juntas provinciales administrativas.

Con la Ley de 30 de diciembre de 1923, núm. 2840, recogida después en el Texto Único de 26 de junio de 1924, n. 1054 (y en el Texto Único de la misma fecha, núm. 1058, en relación con la Juntas provinciales administrativas), se aprobó una importante reforma, en base a la cual se creó la jurisdicción «exclusiva», es decir, para determinadas materias, entre las que destaca la relativa a la función pública, y se atribuyó al juez administrativo el conocimiento de los recursos contra actos lesivos de derechos

subjetivos (además de los lesivos de intereses legítimos), suprimiéndose al mismo tiempo cualquier distinción de competencia (por motivos de legalidad y de oportunidad) entre las Secciones IV y V del Consejo de Estado.

En 1948 se agregó, Decreto Legislativo de 5 de mayo, núm. 642, una VI Sección y se creó, mediante Decreto Legislativo de 6 de mayo, núm. 654, el Consejo de justicia administrativa para la Región de Sicilia, considerado posteriormente una Sección más del Consejo de Estado junto a las otras tres. Pero conviene recordar ante todo que en 1948 entra en vigor (el primero de enero) la Constitución republicana, la cual consagra en algunos artículos (particularmente en los artículos 103 y 113) el sistema de justicia administrativa forjado en los decenios precedentes, incluyendo sin embargo algunas normas que habrían de dar lugar a importantes transformaciones (en particular los artículos 101, 102, 108, 125 y la disposición transitoria VI).

Justamente con apoyo en los principios contenidos en dichas normas se han producido algunas innovaciones, que pueden resumirse del modo siguiente: a) supresión, fundamentalmente por obra de la Corte Constitucional, de algunas jurisdicciones especiales, tales como las Juntas provinciales administrativas, los Consejos de Prefectura, etc.; b) creación, en virtud de la Ley de 6 de diciembre de 1971, núm. 1034, de los Tribunales administrativos regionales, con sede en la capital de cada Región (algunos con Secciones en sedes separadas), los cuales asumen, no sólo la competencia de las suprimidas Juntas provinciales administrativas, sino también la competencia en primera instancia antes en manos del Consejo de Estado y del Consejo de justicia administrativa, convirtiéndose en consecuencia, casi exclusivamente, en jueces de apelación.

Conviene recordar, todavía en 1971, la promulgación del Decreto del Presidente de la República de 24 de noviembre, núm. 1199, que introdujo una nueva regulación de los recursos administrativos, mientras posteriormente, con la Ley de 27 de abril de 1982, núm. 186, se reordenó la composición del Consejo de Estado y de los Tribunales administrativos regionales (incluidas las competencias y las carreras de sus respectivos magistrados y del personal administrativo).

Finalmente y en fechas recientes, ha sido aprobada una importante reforma, mediante la Ley de delegación de 23 de octubre de 1992, núm. 421, y el Decreto Legislativo de 3 de febrero de 1993, núm. 29, que han sustraído al juez administrativo buena parte de su jurisdicción exclusiva en materia de función pública (atribuida, como se ha dicho ya, en 1923), para

devolvérsela al juez laboral (en al ámbito de la jurisdicción ordinaria). Sin embargo, la reforma no ha entrado aún en vigor, estando prevista una *vacatio legis* de algunos años.

Otros proyectos de reforma, en particular en materia de reglas del procedimiento administrativo, han sido avanzados en las últimas legislaturas, sin que ninguno haya sido hasta ahora finalmente aprobado, bien que por razón de la terminación anticipada de aquéllas.

III. LA CENTRALIDAD DE LAS DOS JURISDICCIONES GENERALES Y LA CUESTIÓN RELATIVA AL CRITERIO DE REPARTO

No obstante estas modificaciones, el sistema italiano continúa siendo, según ha sido apuntado, prácticamente el mismo que aquel que fue diseñado en el siglo pasado, con el carácter plural ya puesto de manifiesto.

Dejando de un lado la tutela que se cumple a través de los recursos administrativos y situándonos en el plano jurisdiccional, aquélla se realiza en tres órdenes de jurisdicciones. Pero mientras las especiales carecen del favor del legislador y, por tanto, están en fase de recesión, las dos jurisdicciones generales (la ordinaria y la contenciosa) se han consolidado y crecido hasta el punto de presentar nuestro sistema, al menos a primera vista, como un sistema de doble jurisdicción. Indudablemente ambas ocupan una posición destacada dentro del entero sistema, que queda así profundamente caracterizado por tal dualismo.

Sin embargo, como consecuencia del hecho de que el reparto de los asuntos entre las dos jurisdicciones no sea por materias o bloques de materias (como, en cambio, sí sucede con las jurisdicciones especiales todavía hoy subsistentes), el apuntado dualismo provoca notables problemas por culpa del singular criterio que está en la base de tal bipartición, esto es, la distinción entre derechos subjetivos e intereses legítimos. A pesar del secular debate doctrinal y jurisprudencial, nadie sabe decir todavía hoy con certeza qué cosa sean los unos y los otros. Las tradicionales definiciones de derecho subjetivo como interés directamente protegido por la ley, y de interés legítimo como interés sólo protegido indirecta u ocasionalmente en virtud de su coincidencia o no con el interés público (cuya definición corresponde al legislador), no resultan satisfactorias, siendo, especialmente en algunos casos, extremadamente difícil establecer cuál haya sido efectivamente la intención del legislador, en particular cuando, al

dictar las normas de comportamiento de la Administración pública ha procedido a la ponderación de varios intereses, individuales y colectivos. Con el resultado inevitable, ciertamente no muy afortunado, de dejar un amplio margen al arbitrio del intérprete. La distinción, por consiguiente, entre derechos subjetivos e intereses legítimos es de por sí ambigua y extremadamente frágil y generadora de incertidumbre y frecuentes conflictos entre las dos jurisdicciones.

A lo largo de los años se han elaborado algunos criterios de distinción que podríamos llamar subsidiarios respecto al ya comentado. Sin embargo, tampoco éstos parecen ser eficaces y mucho menos aún determinantes.

Uno de esos criterios se basa en la distinción entre «vía de hecho» (*carezza di potere*) y «desviación de poder» (*cattivo esercizio del potere*): si la Administración ha actuado sin poder y ha sacrificado la situaciones jurídicas de los ciudadanos sin que la ley le haya atribuido la correspondiente potestad, su enjuiciamiento correspondería al juez ordinario; por el contrario, si cuenta con la oportuna potestad pero la ejercita ilegítimamente, con infracción de cualquier norma, entonces la competencia correspondería al juez contencioso. Sin embargo, esta distinción es también difícil y ambigua, como ha demostrado por lo demás la existencia de divergencias en el seno de la propia jurisprudencia (por ejemplo, entre el Tribunal de Casación y el Consejo de Estado) sobre el modo de entender la ausencia de poder y su ejercicio desviado: sobre todo en lo concerniente al problema de si el poder debe ser entendido en abstracto o en relación al caso concreto (e incluso en qué medida en un sentido o en otro). Es decir, más concretamente, si la eventual ausencia de alguno de los presupuestos a cuya concurrencia la norma subordina la atribución del poder, determina la falta del propio poder, o el efecto menor de considerar ilegítimo su ejercicio. Resulta emblemática, en este punto, la materia expropiatoria y la conexas de la ocupación urgente: el Tribunal de Casación ha afirmado de modo reiterado que existe vía de hecho si la correspondiente potestad se ejerce fuera de sus límites o si éstos no son indicados en la declaración de utilidad pública, o incluso si falta tal declaración, mientras el Consejo de Estado y algún Tribunal administrativo han sostenido en cambio que en estos casos hay sólo ejercicio ilegítimo del poder.

Otro criterio subsidiario es aquel que se basa en la distinción entre «normas de relación», esto es, las destinadas a regular las relaciones entre Administración y ciudadanos, y por tanto atributivas de derechos y obligaciones recíprocas, y «normas de

acción», esto es, las destinadas a regular la actividad administrativa en sí misma (en particular el procedimiento de formación de los actos) para fines de interés general. Conviene observar, sin embargo, que tal criterio termina en realidad por reproducir la tradicional distinción entre derechos subjetivos e intereses legítimos, considerados desde el prisma de la diversidad de las normas de las que derivan, y termina por tanto por repetir los inconvenientes del criterio tradicional.

IV. OTRA CUESTIÓN CRÍTICA DEL DUALISMO DE LAS JURISDICCIONES GENERALES: LOS LÍMITES DE LOS PODERES EJERCITABLES POR UNO Y OTRO JUEZ

Quien conoce el sistema italiano de justicia administrativa sabe que otro de sus elementos característicos es la limitación de los poderes a la que están sujetos, en el control de la Administración pública, tanto el juez ordinario como el juez contencioso. El primero no puede anular los actos administrativos, sino sólo declarar la lesión del derecho subjetivo causada por la Administración pública, ni puede adoptar medidas de restablecimiento, en cuanto el único pronunciamiento de condena que se le reconoce es el del pago de suma dineraria y en particular el del resarcimiento del daño. El juez contencioso, en cambio, debe limitarse a la anulación y por tanto no puede emitir pronunciamientos declarativos (en sede de jurisdicción de legalidad para la tutela de intereses legítimos) ni de condena al resarcimiento (la única condena que el art. 26 de la Ley sobre Tribunales administrativos ha previsto, pero siempre en sede de jurisdicción exclusiva o de oportunidad, es la del pago de sumas de las cuales la Administración resulte deudora).

Es difícil encontrar una justificación racional a estos límites, impuestos a uno y otro juez.

Para justificar los límites del juez ordinario se ha traído a colación el principio de separación de poderes, en virtud del cual el poder judicial no podía inmiscuirse en algún modo en los asuntos de la Administración pública y, por tanto, obstaculizar su actividad, como sucedería si aquel poder pudiera anular los actos o condenarla a una obligación de hacer o no hacer. No hay duda que inicialmente, en 1865, ésta fuera la razón de la prohibición. Ahora bien, ¿tal razón resulta válida todavía hoy, 130 años después? (Hoy, el principio de separación de poderes no constituye ya el problema cardinal del aspecto institucional

de los Estados, como lo era en el siglo XVIII o el XIX, sino que, como consecuencia de la afirmación de otro dogma, el de la soberanía popular, aquel principio ha adquirido más que nada un significado técnico, relativo al mejor ejercicio de las funciones del Estado).

A mí me parece que, en lo que aquí importa, se trata sólo de determinar si es oportuno que la acción de la autoridad administrativa esté sujeta al control de un poder externo que reprima la eventuales ilegalidades, por lo común lesivas para el ciudadano, o si, por contra, el control debe quedar en manos del propio poder administrativo, fiado a mecanismos como el de la autotutela, los controles y en particular la vigilancia, o los recursos administrativos. Esta última fue la opción asumida inicialmente por el legislador (como se deduce de los arts. 3 y 4 de la Ley de 1865), de forma plenamente coherente con el dogma de la separación de poderes, tal y como se entendía en aquel entonces. Sin embargo, tal opción fue abandonada poco después, cuando en 1889 se creó un nuevo juez (la IV Sección del Consejo de Estado), justamente con la función de reprimir la ilegalidad de la acción administrativa.

Este nuevo juez —nótese— se reveló casi de inmediato (al margen de algunas vacilaciones iniciales) como un verdadero y propio poder externo a la Administración pública, dotado de plena independencia respecto a ésta. Conclusión que hoy, de todas formas, nadie se atrevería a poner en duda, después de la experiencia acumulada.

De donde surge consecuentemente la pregunta del porqué de los límites todavía impuestos hoy al primero de los dos jueces cuando se pronuncia en relación con la Administración pública: si han desaparecido, como lo demuestra lo sucedido al final del siglo pasado, las razones iniciales, debidas a la prohibición de injerencia externa, las razones actuales pudieran quizás encontrarse bien en el hecho de que los intereses por él tutelados (los derechos subjetivos) no resultaran idóneos para ser satisfechos mediante medidas represivas o de restablecimiento, bien en el caso que ese mismo juez resultara inidóneo, a diferencia del otro juez, para cumplir las valoraciones que la adopción de dichas medidas requieren.

En mi opinión, sin embargo, ambas hipotéticas razones no son fundadas. No creo, en efecto, que los derechos subjetivos, dada por supuesta su evidente identificación con el resto de intereses dignos igualmente de tutela (los intereses legítimos), no sean por naturaleza susceptibles de satisfacción mediante la anulación de un acto de la autoridad administrativa o mediante

la imposición a ésta de una obligación de hacer (lo cual no ha sido jamás sostenido). Ni creo que el juez ordinario —al margen de los condicionamientos mentales debidos al sistema positivo vigente— sea inidóneo para realizar las valoraciones necesarias para emitir pronunciamientos similares, constitutivos y de condena (por lo demás, los magistrados ordinarios no difieren mucho, en cuanto a su formación y procedimiento de selección, de los jueces administrativos, particularmente de los de los Tribunales administrativos regionales).

En otros términos, si se podía entender la celosa preservación de la esfera de la Administración pública de cada injerencia externa cuando el control de la legalidad y la tutela de los ciudadanos estaban en manos de la propia Administración, como sucedía en 1865, no se comprende muy bien, una vez que han sido concedidos a otro poder externo, como lo es ciertamente el juez administrativo creado en 1889.

Si tratamos después de comprender, desde otra perspectiva, los motivos de las limitaciones impuestas a este otro juez, que puede sólo emitir sentencias constitutivas de tipo, como suele decirse, «demolitorio», es decir, de anulación, pero no sentencias de confirmación y sobre todo resarcitorias, la situación resulta incluso más incomprensible. Durante mucho tiempo se ha considerado que los llamados intereses legítimos no eran indemnizables, pero hoy esta tesis se tambalea, también por el empuje de los influjos que provienen del Derecho comunitario europeo. Hay todavía que preguntarse, por tanto, por qué razón se precisa mantener todos estos límites artificiales, que se traducen en definitiva en un serio perjuicio para la efectividad de la tutela judicial de los ciudadanos.

La conclusión a la que me atrevería a llegar —y que a menudo no he dudado en señalar en muchos de mis trabajos— es la oportunidad de repensar el sistema dualista, en favor de una solución monista, en la cual, en mi criterio, la opción más coherente con lo sucedido en la historia de estos más de cien años sería, *de iure condendo*, aquélla que dejase como un único juez para todas las controversias derivadas de la actividad de Derecho público de la Administración pública al juez administrativo, privilegiándolo sobre el otro.

V. EXAMEN DE ALGUNOS PROBLEMAS QUE, EN EL ÁMBITO DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA, AFECTAN EN PARTICULAR A LA JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA Y AL PROCESO CONTENCIOSO: EN PRIMER LUGAR, EL PROBLEMA DE LA NATURALEZA DEL PROCESO CONTENCIOSO

Después de la exposición, necesariamente sucinta, de esta vasta problemática, en cuanto concerniente al entero sistema de la justicia administrativa en Italia, quisiera detenerme en particular sobre algunos problemas (al menos dos) relativos al amplio, y a mi juicio decisivo, ámbito de la jurisdicción contenciosa y el proceso que en ella se celebra. Uno de estos problemas alude a la naturaleza de tal proceso y ha sido ampliamente debatido, ya desde el último decenio del siglo XIX, esto es, desde el nacimiento mismo del proceso, con la creación de la IV Sección del Consejo de Estado, antes referida. Lo cual está ligado, en cuanto a su propia razón de ser, a su inevitable contraste con el otro tipo de proceso que el ordenamiento prevé para resolver otros conflictos de intereses, por lo común entre privados: el proceso civil.

Son conocidas las dos posiciones doctrinales que afirman, una, que se trata de un auténtico «proceso entre partes», destinado a la tutela de los intereses de los sujetos y por tanto similar al proceso civil (con la única diferencia que aquí el interés queda protegido frente a la ilegalidad y los abusos de la Administración pública); la otra, en cambio, entiende que se trata de un proceso diferente, dirigido fundamentalmente a garantizar la legalidad de la acción administrativa (por tanto, una suerte de control, por más que éste lo sea en forma contenciosa, en el que el interés individual de los privados funciona para poner en marcha la maquinaria y mantenerla en funcionamiento mientras se mantenga la feliz coincidencia entre el interés del particular y el interés de orden superior del sometimiento de la Administración a la ley): concepciones que podríamos llamar subjetivista, la primera, y objetivista, la segunda.

Durante todo un siglo estas dos teorías se han enfrentado y desmentido, con diversidad de argumentos, pero sin que al día de hoy pueda decirse que una haya prevalecido jamás sobre la otra, salvo en contados períodos e incluso entonces quizás sólo aparentemente.

Así, de acuerdo con lo comúnmente aceptado, parece que la concepción objetivista se impuso en los primeros decenios, probablemente a causa de la evolución de la propia jurisdicción

administrativa, nacida en el seno de la Administración pública, entregada a órganos que formaban parte ciertamente del aparato administrativo (Consejo de Estado y Juntas provinciales administrativas) y con la finalidad innegable de asegurar la conformidad de la acción administrativa a los preceptos legales.

La concepción subjetivista, en cambio, parece prevaler en época más reciente, bajo la influencia de algunas normas de la Constitución republicana (en particular de los artículos 24 y 113, que sancionan la indefectible tutela de los derechos y de los intereses legítimos) y, en todo caso, bajo el empuje de las transformaciones del Estado y de la Sociedad en sentido siempre más democrático, que ponen en cuestión la posición misma de supremacía antes reconocida a la Administración, para sustituirla con modelos de tipo paccionado o cuando menos participativo.

No es por casualidad que con el desarrollo de la concepción del proceso contencioso como «proceso entre partes» se afirme, paralelamente, la idea de que el objeto de tal proceso no es ya un juicio al acto, sino un juicio sobre la relación. La relación jurídica pasa así a ocupar el primer plano, puesto que en ella se ponen de manifiesto las obligaciones de la Administración, mientras el acto administrativo, que normalmente es un acto unilateral y se identifica casi siempre con la medida, es expresión de una posición de supremacía que está siendo superada.

Como consecuencia de esta transformación en el objeto del proceso, ya no concentrado en el acto, sino sobre la relación, se refuerza la teoría de que se trata de un «proceso entre partes» cada vez más cercano al proceso civil, en cuanto éste constituye el juicio típico sobre relaciones.

A este respecto quisiera hacer, sin embargo, algunas consideraciones.

Una concierne a la mencionada prevalencia, en determinados períodos, de una u otra de las dos concepciones que se disputan la determinación de la naturaleza de nuestro proceso. Aunque es cierto, sin duda, que la primera predomina durante los primeros cincuenta años de vida de la institución y la otra en la segunda mitad del siglo, no faltan, en ambas, la presencia de la idea opuesta y de defensores igualmente autorizados. Es más cada una de ellas está presente en el pensamiento mismo de quien se inscribe entre los sostenedores de la otra (por ejemplo, en el célebre discurso de Silvio Spaventa en Bérgamo en 1880, y más aún en el que había preparado en 1890 para la inauguración de la IV Sección del Consejo de Estado y que no pudo pronunciar porque Crispi —a lo que parece— no quiso dar carácter solemne a la ceremonia, es posible encontrar elementos que hacen refe-

rencia a las garantías de defensa de los ciudadanos, que van unidas a la exigencia de la legalidad de la Administración, tan presente en su obra).

Esta última constatación (sobre la presencia simultánea de elementos de una y otra concepción en un mismo autor) abre el camino a una ulterior reflexión que, a mi modesto parecer, podría representar una solución al problema.

El proceso contencioso es sin duda un «proceso entre partes», pero no es sólo y únicamente esto, como lo es en cambio el proceso civil. Si, de un lado, es innegable que aquél sirve a los intereses de los particulares, los cuales por lo común tienen incluso la facultad de disposición sobre el proceso desde el inicio hasta su conclusión, fijando sus términos mediante la delimitación del *thema decidendum*, no se puede sin embargo ignorar, de otro, que una de las partes, la Administración pública (tanto en la condición normal de demandada, como en la eventual de recurrente, cuando, por ejemplo, un ente público impugna un acto del Estado o de otro ente, o bien cuando la Administración vencida en primera instancia recurre en apelación), no es en absoluto asimilable a cualquiera de las partes del proceso civil. Y ello por la simple razón de que la Administración no defiende en juicio un interés particular sino, por definición, un interés de naturaleza diversa, que podemos denominar «público», «colectivo», «social», «general» —según se prefiera— pero que en cualquier caso no es personal o personalizado, sino referido en cambio a aquel que a menudo viene definido como el «bien común» (independientemente del hecho de que la «comunidad» sea más o menos amplia o se identifique incluso con la entera colectividad nacional).

Tal interés, que por lo demás es la causa jurídica de la actividad misma de la Administración pública y de cada uno de sus actos, no puede dejar de ser reconocido como inmanente al proceso en el que la Administración es llevada a juicio; el juez, en verdad, realiza la misma actividad que hace en cada proceso (incluido el civil), es decir, compara el supuesto concreto, sometido a su examen, con el supuesto abstractamente previsto en la ley, pero sabiendo, al resolver la controversia entre las partes, que el correspondiente conflicto no lo es entre intereses homogéneos, ambos igualmente pertenecientes a la respectiva esfera personal y subjetiva, sobre la que ambos tengan la disponibilidad, sino antes bien entre intereses ontológica y teleológicamente diversos.

El mismo instituto de la necesaria llamada de los demás interesados en el proceso contencioso, aunque también aparen-

temente destinado a la tutela de intereses individuales es, al mismo tiempo, instrumento para la tutela de otro interés, que en ocasiones puede ser más eficaz y más aguerridamente defendido por los particulares afectados, porque viene a coincidir con sus intereses personales, y no con los de la Administración pública que, de hecho, puede permanecer indiferente frente a la eliminación de algunos de sus actos y por tanto ni siquiera constituirse en parte.

No podemos dejarnos engañar tampoco por la presencia de elementos que son típicos del «proceso entre partes», y a los que ya hemos en cierta forma aludido, siquiera implícitamente (el principio de demanda, del impulso de parte, de la terminación del juicio por voluntad del recurrente, de la congruencia entre lo pedido y lo resuelto, etc...), para deducir que todo se reduce a un «proceso entre partes». Puede ser que la utilización de estos elementos, además de obedecer al fin de tutela de los intereses de los particulares, sea un modo de organizar el control de la legalidad de forma más eficaz, por motivos técnicos o prácticos, con el objeto de evitar los inconvenientes que derivarían, por ejemplo, de la desvinculación de la acción procesal de tales intereses, admitiéndola como una suerte de «acción popular» generalizada; o puede ser también que por motivos históricos, queriendo organizar un nuevo proceso, el legislador haya tenido presente —y era difícil que no lo hiciese— algún modelo preexistente.

En otros términos, mediante un único instituto bivalente, el ordenamiento jurídico trata de realizar dos objetivos concurrentes: la tutela de los ciudadanos y el respeto a la legalidad por parte de la Administración pública. Si no fuese así, quedarían fuera del proceso todos los casos en los que la ley reconoce la legitimación de la actuación de un órgano público frente a actos sobre los que está obligado a ejercitar una función de control: por ejemplo, el artículo 6.10 de la Ley de 9 de mayo de 1989, núm. 168, por la que se crea el Ministerio de la Universidad y de la Investigación Científica y Tecnológica, prevé el recurso por motivos de legalidad del Ministro contra el acto del Rector de una Universidad, que haya dictado un estatuto o un reglamento, refrendado por los órganos académicos por mayoría cualificada después del requerimiento ministerial. Normas análogas estaban previstas, para otros órganos, en otras propuestas de leyes o de actos equiparados a éstas (Prefectos, frente a los actos de los entes locales; nuevos Procuradores regionales del Tribunal de Cuentas, en relación con actos de las Administraciones públicas en general), pero que luego han desaparecido de la redacción definitiva: Ley 8 de junio de 1990, núm. 142; Decreto-ley de 5

de noviembre de 1993, convertido en Ley de 14 de enero de 1994, núm. 19. Las cuales de todas formas demuestran que nunca ha sido extraña al legislador la idea de concebir, incluso en nuestros días, el proceso contencioso también como un instrumento para el control de legalidad.

En conclusión, por tanto, bien puede decirse que el proceso administrativo no es sólo un proceso de carácter subjetivo, un «proceso entre partes», sino también, al mismo tiempo, un proceso de carácter objetivo y por tanto *sui generis*, de naturaleza mixta y en cualquier caso bien distinto del prototípico proceso civil.

VI. EL PROBLEMA DE LA DURACIÓN DE LOS PROCESOS Y DE LA EFECTIVIDAD DE LA TUTELA

El segundo problema que quisiera destacar, a causa de su enorme importancia práctica, al punto de constituir uno de los más acuciantes y urgentes, se refiere al tiempo de duración del proceso contencioso.

Creo poder obtener la más amplia adhesión si digo — como tantos otros han dicho — que dicho problema se sitúa en un primerísimo plano y afecta a la esencia misma del fin al que se ordena el proceso contencioso, como el resto de procesos, esto es, a la consecución de la justicia, pues es conocido que una justicia lenta supone a menudo la negación de sí misma. Sobre estas afirmaciones existe un acuerdo absoluto, aunque no falta quien aconseja una cierta prudencia, a fin de que la excesiva celeridad no se traduzca en un daño para la efectividad y cumplitud de la tutela.

Las estadísticas, que todos tenemos a la vista, sobre la duración media de los procesos y la entidad de los asuntos pendientes ante los distintos Tribunales contenciosos y ante el Consejo de Estado, junto a las previsiones de continuo aumento, son fuente de graves preocupaciones, pues todos estamos convencidos que la sustanciación de cada juicio, para ser eficaz, en interés de las partes privadas y de la Administración pública debería darse en un plazo breve, a ser posible dentro de un año, máximo dos.

No carece de significado, como se ha recordado, que la exigencia de un juicio rápido esté consagrada en Cartas constitucionales y Declaraciones de Derechos o, en todo caso, enunciada en textos legislativos.

En numerosos escritos que han abordado siquiera tangencialmente esta cuestión se encuentran bastantes sugerencias sobre

las soluciones a dar a tan importante problema. Se pueden indicar alguna, a título ejemplificativo, reuniéndolas ahora, por razones de comodidad expositiva, en varios grupos.

El primer remedio, que se plantea en seguida, consiste en aumentar las plantillas, tanto de los magistrados, como del personal de apoyo, además de mejorar los medios materiales (sobre todo en el aspecto informático). Sin embargo, al margen del coste financiero, no se oculta, respecto a la magistratura, el riesgo de introducir en el cuerpo, mediante un procedimiento de selección menos riguroso y selectivo, elementos no adecuadamente preparados. Al mismo grupo de remedios, al que pertenece el anterior y que podríamos llamar organizativos, corresponden las propuestas de algunos de creación de un juez unipersonal o de un juez honorario, al que confiar al menos parte de las controversias, las más sencillas y de menor entidad, o de nuevas Secciones separadas, sobre todo en las regiones en las que los Tribunales contenciosos han sido suprimidos, pero también en las que ya los tienen (por ejemplo, Messina en Sicilia).

Un segundo grupo de remedios alude a aquellos que han sido denominados «filtros» para contener el ingente flujo de contenciosos que todos los días inundan los Tribunales, propiciados también por la eliminación del carácter definitivo del acto como presupuesto de procedibilidad del recurso jurisdiccional y la consecuente devaluación del recurso jerárquico. Alguno, excluyendo incluso un paso atrás, como sería la reprivatización del carácter definitivo, ha propuesto una revalorización de los recursos administrativos en general, pensando en los recursos jerárquicos impropios o también en los recursos extraordinarios ante los presidentes de las Juntas regionales, en comisiones arbitrales, en comisiones paritarias con la participación sindical en materia de función pública (antes de las innovaciones introducidas en este campo en el bienio 1992-93), en actos de conciliación, etc. Aunque se espera que la reciente Ley de 7 de agosto de 1990, núm. 241, sobre el procedimiento administrativo, pueda producir beneficios en ese sentido es difícil, al menos por ahora, disponer de datos al respecto.

Otro grupo es el constituido por remedios más propiamente inherentes a técnicas procesales o, en cualquier caso, a la ordenación de sus distintos aspectos y momentos. En primer lugar, en relación con su estructuración en dos instancias hay quien, por ejemplo, propone reatribuir al Consejo de Estado los recursos en única instancia contra reglamentos gubernativos y otros actos de la Administración general del Estado, particularmente los actos de carácter general. Ciertamente, la doble instancia prolonga

notablemente la duración del proceso y no en vano en el ámbito del proceso civil hay ya quien, autodefiniéndose como «iconoclasta», postula la pertinencia de discutir su conveniencia. Con todo, el problema de la doble instancia es demasiado importante como para que ahora debamos limitarnos a una simple alusión, del todo superficial.

Existen, por supuesto, otros muchos aspectos, sobre los cuales no faltan tampoco sugerencias. Así, se proponen para algunos recursos procedimientos abreviados; la reducción (al máximo de un año) del bienio de perención; la eliminación del desarrollo de los recursos oralmente en audiencia; la contracción de la motivación de la sentencia, con redacción en forma sucinta; incluso, en algunos casos, su sustitución por providencia; la acumulación de recursos relativos a las mismas cuestiones, a resolver conjuntamente, o con arreglo a sentencias-tipo; la eliminación de las causas dilatorias, como la interrupción del proceso, la regulación de las cuestiones previas de jurisdicción, o, en mi opinión, la devolución de la causa al juez de primera instancia por parte del juez de apelación en los supuestos en los que aquél haya incurrido en un defecto de procedimiento o en un vicio de forma en la decisión o se haya declarado erróneamente incompetente (supuestos sobre los que he defendido, recientemente, la derogación de las normas sobre devolución).

Escasamente útil me parece, finalmente, el remedio de establecer legislativamente término para el señalamiento de la audiencia en algunas materias o en determinados casos. Así ha sucedido con el artículo 28 de la Ley marco sobre función pública (de 29 de marzo de 1983, núm. 93) y antes ya, con el artículo 5.4.º de la Ley de 3 de enero de 1978, núm. 1, en materia de ejecución de obras públicas (en los supuestos de la estimación de la petición de suspensión del acto impugnado). La escasa incisividad es por lo demás debida al carácter inevitablemente ordenador de los plazos y por tanto de su sustancial ineficacia.

Por el contrario, podría ser eficaz el sistema previsto para los recursos electorales (además de ante el juez ordinario por el procedimiento laboral), es decir, hacer iniciar el procedimiento con la interposición del recurso, sobre el que el presidente fija de inmediato la audiencia —a celebrar antes de un fecha determinada— con un Auto que es notificado dentro de un determinado plazo al resto de las partes. No hay duda que un sistema similar abreviaría el tiempo de resolución de las controversias; pero, situado en un plano general, debe valorarse atentamente en todos sus aspectos y en todas sus implicaciones, mediante asimismo su coordinación con las demás propuestas.

IV. Las funciones administrativas

