

# Hacia un contencioso administrativo de garantía del ciudadano y de la Administración

*«E questo é in fondo tutto il magisterio dell'interpretazione, scoprire  
nella singola posizione il tutto, cogliere la singola posizione come  
determinazione del tutto»*

G. CAPOGRASSI (*Il Problema della Scienza del Diritto*)

1. El Derecho administrativo se caracteriza actualmente por un visible crecimiento dogmático, con particular orientación hacia lo contencioso administrativo, sin que se pueda ignorar el peligro de una crisis de identidad «disciplinaria», peligro real por razones que intentaremos explicar más adelante.

Aunque fugazmente, no se puede ignorar el condicionante comunitario y de su Derecho, que obliga al legislador, a la doctrina y a la jurisprudencia nacionales a repensar institutos jurídicos y modelos hermenéuticos, asumiendo particular significado, en el contexto de lo contencioso y de los contratos administrativos, el Decreto-Ley nº 134/1998, de 15 de mayo (con su recurso urgente de actos lesivos –relativos a la formación de determinados contratos– y sus medidas provisionales) que transpuso en el ordenamiento jurídico nacional la Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre. En efecto, elegantes y sofisticadas operaciones de desestructuración y reestructuración, incluso a nivel de la justicia administrativa, si no han hecho peligrar la

*especificidad* del Derecho administrativo, sí que plantean enormes problemas al sentido evolutivo, a los límites y al ámbito de *esta* rama del Derecho.

Sin pretender recorrer las etapas decisivas que han conducido a la autonomía del Derecho administrativo (con respecto al Derecho común), lo que por otra parte no sería posible examinar aquí, no deja de ser pertinente y oportuno desgranar alguna de las razones que han contribuido a este resultado. Es seguro que la exigencia de proporcionar a la Administración de un Derecho propio y especial, dirigido a la búsqueda del interés público, distinto del Derecho privado, surgió en los diversos países de Europa continental, con tiempos y modalidades diferenciadas. Diferente fue el proceso en el Reino Unido, en donde el conflicto entre la Administración y el poder judicial condujo a un relativo equilibrio de poderes (entre los particulares y el poder público) bajo el manto protector y garantista del Derecho común.

Pero los modelos histórico administrativos de referencia de Francia y Alemania siguieron caminos diferentes, aunque convergentes en la finalidad de sustraer la actividad de los funcionarios y de la Administración al control de la justicia administrativa, tal como hoy la conocemos. La Administración gozaba de una posición de «preconstitución» con relación a la norma, ya sea en los modelos constitucionales del *Polizeistaat*, ya sea en los de derivación revolucionaria, en los que la formalización de la relación jurídico-administrativa presentaba aún señales evidentes de desigualdad. Basta recordar la institucionalización del *Conseil d'État*, para concluir que el órgano máximo de la jurisdicción administrativa francesa nace contra las tímidas tentativas de tutela de las posiciones jurídicas de los particulares, en cuanto cuerpo «jurisdiccional» fuertemente entronizado en la esfera del poder ejecutivo.

Si éstas eran algunas de las premisas y los primeros pasos del Derecho administrativo, en el moderno Estado de Derecho liberal se plantea, casi fisiológicamente, la exigencia de construir un sistema administrativo autónomo y de emancipar el Derecho administrativo del Derecho privado, iniciándose la construcción de categorías y de instrumentos jurídicos distintos de la tradicional conceptualización privatística. Se destaca la modelización legal-racional del poder y del Estado, en los cuales el «privilegio» y la especialización de la Administración aparecen «limitados» por el primado de la ley sobre la Administración, es decir, por el principio de legalidad en sentido formal.

Empieza a diseñarse una concepción holística de Estado que, acompañada de la purificación del método jurídico a la KELSEN, contribuye a la afirmación definitiva de la especificidad del Derecho de la Administración, marcada todavía por la natural tensión entre la especialidad como *privilegio* y/o como *garantía* de la Administración. En

este contexto, el Derecho administrativo se caracteriza por un desarrollo contradictorio, oscilando entre el privilegio y la garantía.

Sin ninguna pretensión de juicio definitivo, vista la complejidad del problema, parecía razonable presumir que la especificidad del Derecho administrativo se conjugase con razones garantistas de la Administración. Se trataba, en realidad, de preservar, incluso en los ordenamientos jurídicos liberales, una gran libertad de actuación a la Administración, lo que exigiría un Derecho especial, crecientemente técnico y funcionalizado, en cuyo centro no podía dejar de reinar el concepto fuerte de discrecionalidad administrativa, expresión máxima de la tan mencionada especificidad del Derecho administrativo.

El elemento fundamental de la especificidad del Derecho administrativo eurocontinental parece asentarse en el concepto de discrecionalidad. En efecto, la discrecionalidad, en cuanto cualidad ontológica del poder administrativo, ayuda a comprender un doble orden de relaciones que eran (y todavía son) altamente problemáticas: la relación entre ley formal y actividad administrativa y la dialéctica entre el ejercicio del poder público y las «expectativas» de los ciudadanos, crecientemente calificables como posiciones jurídicas subjetivas. Empezaba a ser visible una geometría variable en el marco de una Administración cada vez más autónoma, en la que reinaban, de un lado, las atribuciones propias del poder ejecutivo y, del otro, una innovadora red de relaciones suficientemente formalizadas en las cuales se situaban la Administración, la jurisdicción y los ciudadanos con sus situaciones jurídicas crecientemente tuteladas.

Bajo la capa de una noción fuerte y elaborada de discrecionalidad administrativa, empieza a diseñarse una compleja tipología de relaciones entre ley, reglamento y acto hasta las más recientes construcciones en materia de *reserva de la administración*<sup>1</sup>. Gracias a la concepción de un presupuesto constitucional —búsqueda del interés público— que sustentaría la autonomía y la autoridad de la Administración, se concluye con la afirmación de un poder al que (sin perjuicio de su autolegitimación) la ley confería y aún confiere una sustancial libertad de actuación.

En síntesis, la discrecionalidad administrativa constituía y aún constituye el punto neurálgico de modelación de las relaciones entre los ciudadanos y la Administración y entre ésta y el juez administrativo. Basta recordar que la teoría del vicio de la desviación de poder fue construida (por inspiración francesa) en conexión con el incorrecto ejercicio del poder discrecional y que en la elaboración iuspublicista alemana del siglo pasado, el control jurisdiccional de los actos administrativos estaba dirigido a evidenciar los vicios de la *freien Ermessen Fehler*.

---

<sup>1</sup> Véase la compleja naturaleza jurídica de los planes urbanísticos como reglamento o como acto administrativo general de contenido preceptivo y conformador.

En nuestro ordenamiento jurídico no es ocioso recordar que la figura del *interés legítimo* representa una buena parte de la especialidad y de la autonomía del Derecho administrativo.

Tenemos así que el Derecho administrativo ha surgido preordenado como *garantía* de la Administración (y del interés público que ella representa), pero crecientemente despojada de privilegios y del arbitrio. Una Administración que encarnaba el poder ejecutivo, necesitaba naturalmente un *status* propio y específico, tanto desde el punto de vista material, como desde el punto de vista procesal y orgánico.

Por otro lado este espléndido «aislamiento» de la Administración, después de su divorcio del Derecho privado, ha dado lugar, en un proceso lento y complejo, a la creación de un sistema más o menos completo de garantías contenciosas del ciudadano frente a la Administración.

En los contextos histórico-constitucionales de la posguerra, se puede anticipar, desde luego, la constitucionalización de algunos derechos socioeconómicos y otra visión de la Administración (y de su Derecho), que se viene consolidando como constitutiva y conformadora, culminando en la lógica del procedimiento administrativo, que tiene en el ordenamiento jurídico alemán su principal referencia con la Ley de 25 de mayo de 1976<sup>2</sup>.

Entre nosotros, la publicación de un Código de Procedimiento Administrativo (D.L. n.º 442/91, de 15 de noviembre, modificado por el D.L. n.º 6/96, de 31 de enero, en uso de la autorización legislativa concedida por la Ley n.º 34/95, de 18 de agosto), en la estela del entonces artículo 267.4 de la C.R.P. (actual art. 267.º/5), representa una decisión política de la mayor importancia *sobre las formas jurídicas de la decisión administrativa*, a la que no es extraña una explosión del fenómeno de la colegialidad administrativa, aunque de tintes presidencialistas (art. 14º/4 del C.P.A.).

La codificación de la actividad administrativa, además de la consagración de la centralidad del Derecho público en la actuación de la Administración, consagra, desde una perspectiva proporcionalística de la función administrativa (art. 266.º de la C.R.P. y art. 5º/2 del C.P.A.), una serie de puntos positivos: por ejemplo, la participación popular

---

<sup>2</sup> La crisis del modelo de Administración ejecutiva y del principio de legalidad formal provoca que la actividad administrativa, *incluso de los actos de ejecución*, deba obedecer, en sintonía con la idea de justicia material, los principios plasmados en el artículo 266.º/2 de la C.R.P. y a una puntual fundamentación sustancial, a lo que no es ajeno el transcurrir del tiempo y la naturaleza de la actividad desarrollada por la Administración. Creemos incluso que el C.P.A. ha venido a renovar la centralidad de la fundamentación del acto, en cuanto repílogo del discurso procedimental, sustancialmente entendido, alcejándose, así, una visión formalista y lineal del procedimiento a la SANDULLI. En síntesis, la fundamentación del acto también debe traducir la naturaleza garantista de la función administrativa, no bastando con hacerlo visible a un destinatario normal del *iter* lógico y jurídico seguido por la Administración en el proceso de decisión.

(arts. 8.º, 53.º y 100 y ss. del C.P.A.), el plazo máximo de resolución del procedimiento (art. 58.º del C.P.A.), la fundamentación formal-sustancial del acto administrativo (arts. 124.º-126.º del C.P.A.), la ampliación de la noción de acto (art. 120.º del C.P.A.), con reflejo a nivel de la tutela jurisdiccional (véase la discusión doctrinal y jurisprudencial en torno al art. 25.º/1 de la L.P.T.A., frente a la redacción del artículo 268.º/4 de la C.R.P.), la procedimentalización de la actividad administrativa contractual (arts. 181.º y 185.º del C.P.A.), con reflejos en el refuerzo de la tutela de las posiciones jurídicas de terceros.

Otras soluciones, como la de la estimación tácita (silencio positivo), nos merecen algunas críticas, ya que al no haber aquí ontológicamente un acto, no constituye (salvo mejor opinión) una buena técnica legislativa instituir esta figura a nivel de un Código de la actividad administrativa. A nivel procesal tampoco cabe esta idea, en la medida en que el recurso contencioso de anulación tiende a dejar de ser la regla (art. 6.º del E.T.A.F), además de que existan otros medios procesales, como la acción para el reconocimiento de derechos o intereses legalmente protegidos (arts. 69.º y 70.º de la L.P.T.A.). Con la reforma constitucional de 1997, pierde incluso sentido procesal, al abrirse constitucionalmente (art. 268.º/4) la puerta (alemana de la *Verpflichtungsklage* o, para ser más exacto, de la *Untätigkeitsklage*) a una nueva acción para la determinación de la práctica de actos administrativos legalmente debidos<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> De hecho, son ya posibles *sentencias sustitutivas* en materia de licencias de obras particulares y operaciones de parcelación y de obras de urbanización (independientemente de saber si hay una verdadera estimación tácita), respectivamente, artículo 62.º del D.L. n.º 445/91, de 20 de noviembre (modificado en varias ocasiones) y artículo 68.º-A del D.L. n.º 448/91, de 29 de noviembre (modificado en varias ocasiones), lo que no deja de constituir un «exceso de tutela», de dudosa constitucionalidad, particularmente cuando está en cuestión la autorización tácita en materia de parcelación (a la que se añade la acción especial para el reconocimiento de derechos adquiridos en caso de estimación tácita de la solicitud de licencia, art. 68.º) que, según algunos, constituyen ya cuestiones de detalle. La situación sería otra (menos grave), si la ley exigiese, como presupuesto mínimo de la autorización tácita, la existencia de un plan urbanístico plenamente eficaz, ofreciendo otro alcance a los artículos 52.º/2 y 56.º/2 de las leyes mencionadas. No obstante, la simplicidad de las soluciones basadas en la distinción entre actos nulos y actos anulables no nos parece que resuelva el problema. Y ello porque siendo la anulabilidad la regla, el acto tácito de autorización puede considerarse como un acto constitutivo de derechos y por ello irrevocable (arts. 140.º y 141.º del C.P.A. y art. 47.º de la L.P.T.A.). Lamentablemente en los Decretos-Ley n.º 445/91 y 448/91 no se realiza ninguna distinción entre actos nulos y actos simplemente anulables, respectivamente artículos 61.º y 67.º, por lo que sería posible (abstrayendo de la teoría general) que se produjese un acto tácito de autorización que padeciese de un vicio generador de su nulidad (arts. 133.º y 134.º del C.P.A.).

Sería preferible que, en la plasmación de la Ley de autorización n.º 110/1999, de 3 de agosto (art. 2.º/i), se venga a prever en estas materias la nueva acción contemplada en el artículo 268.º/4 de la C.R.P.

En este contexto, creo que se impone una reflexión sobre las relaciones entre el § 80a y el § 123 VwGO, sin olvidar el sistema austríaco, en donde el § 36 de la Ley BGBl de 1952 pre-

Una lectura atenta de la Constitución nos lleva a afirmar que el legislador ordinario no sólo debe establecer una organización administrativa (incluyendo un marco institucional adecuado de la justicia administrativa), necesaria para garantizar la imparcialidad y el buen funcionamiento de su actividad, sino que se le impone abstenerse de intervenir con los ropajes de Administración cuando la fase de ponderación de intereses venga sustraída a la Administración. Dicho de otra forma, se configura una violación de la «reserva de ponderación de in-

vé que, en caso de recurso contra la inactividad de la Administración, la autoridad competente, en lugar de oponerse al recurso, pueda dictar el acto requerido en un plazo determinado, enviando copia al Tribunal administrativo, que, en tal caso, archiva el proceso (*Säumnisbeschwerde* se llama el recurso contra el silencio).

En el fondo, se trata de encontrar soluciones jurisdiccionales para lo que los anglosajones llaman *unreasonable delay*.

Después del plazo fijado para la elaboración de este estudio (20/12/99) fue publicado el D.L. n.º 555/1999, de 16 de diciembre, que vino a establecer el régimen jurídico de la urbanización y edificación, revocando (art. 129.º), entre otras normas, el D.L. n.º 445/91, de 20 de noviembre y el D.L. n.º 448/1991, de 29 de noviembre.

La nueva norma, como habíamos defendido anteriormente, vino a sustituir, siguiendo al artículo 268.º de la C.R.P., la intimación judicial para un comportamiento por la intimidación judicial en la práctica de un acto legalmente debido, en casos de silencio administrativo en las operaciones urbanísticas sujetas a licencia, afectando incluso a situaciones de silencio procedimental (cfr. los arts. 111.º/a) y 112.º).

A pesar de la enigmática letra c) del artículo 111.º, la estimación tácita, sobre la base de la distinción entre las figuras de la licencia y de la autorización (art. 4.º/2/3), atendiendo especialmente a la densidad de planeamiento vigente en el área de realización de la operación urbanística, se confina ahora a las actividades sujetas a autorización (cfr. los arts. 111.º/b) y 113.º/1).

El escasísimo tiempo que hemos tenido para analizar la norma no nos permite, por prudencia, formular conclusiones definitivas, aunque nos parezca que, al atribuir un carácter permisivo a las autorizaciones, se está admitiendo implícitamente, en lo que se refiere a la «licencia de edificación», que el *ius aedificandi* integra el derecho de propiedad, como curiosamente se sustentaba en relación a la regla general de la autorización tácita contemplada en las normas ahora revocadas.

Aparentemente equilibrado, el nuevo régimen jurídico, al unificar en una única ley la disciplina de la autorización municipal de parcelaciones urbanas y de obras de urbanización y de obras particulares, se asienta en un equívoco típico del «pensamiento débil» que nos gobierna: el optimismo de la planificación urbanística, cuando lo cierto es que sus resultados son ya dramáticos. En efecto, los planes urbanísticos, en lugar de racionalizar y contener el crecimiento urbano, lo que han hecho (¿paradójicamente?) es aumentar la esquizofrenia de la construcción, la urbanización brutal del territorio. Ni las necesidades más elementales del «tubo digestivo» justifican el carácter fuertemente expansivo y derrochador que impregna nuestra planificación, para el que el espacio no urbano se concibe como espacio a conquistar, como espacio a edificar, en perjuicio incluso de la Reserva Agrícola Nacional y de la Reserva Ecológica Nacional. Continuamos recelando incluso que quede piedra sobre piedra.

La simplificación administrativa (esencialmente un mito neoliberal travestido de una retórica progresista) que en los «procedimientos de autorización» se intuye inmediatamente en la exención de consultas a otras entidades públicas, así como del examen de los proyectos arquitectónicos, no augura nada urbanísticamente bueno.

Inversamente al modelo seguido, defenderíamos una planificación *sincretístico-modesta* (sin que ello signifique nada semejante al *laissez-faire*), intensificando, eso sí, los mecanismos de control administrativo, lo que pasa por el carácter constitutivo de estos actos de autorización.

En síntesis, tenemos un «legislador» inspirado por la utopía habermasiana del ciudadano iluminado y participativo, dirigido por la *Weltanschauung* popperiana de la sociedad abierta, con una praxis tardíamente luhmaniana.

tereses», que exige (fundamentalmente) una particular estructura procedimental en la que gana relieve la fase de instrucción y la audiencia a los interesados (arts. 86.º y ss. y 100.º y ss. del C.P.A.). Aquí el silencio procedimental tiene efectos devastadores, al perder importancia los pareceres y evaluaciones técnicas de otras administraciones y la participación de los ciudadanos, en frontal oposición a la función proporcionalística de la actividad administrativa. En este sentido, se aboga por la existencia de una reserva de procedimiento administrativo, entendida como reserva de la instrucción (en sentido amplio), lo que sólo por sí debería inhibir al legislador de sustituir a la Administración, como ocurre con el llamado silencio administrativo o acto tácito (silente) de autorización. Un silencio que tiende (mal) a transformarse en un elemento casi natural de procedimientos de autorización con un margen de discrecionalidad considerable, minorizando la instrucción y con ella la ponderación de intereses, tanto a nivel del procedimiento, como al del resultado (decisión final, que pasa a ser una *fictio iuris*). La verdad es que no todos los intereses (especialmente los públicos) y valores admiten una simplificación administrativa procedimental capaz de sacrificar una adecuada y completa ponderación de intereses —como es fácilmente constatable en materia ambiental o del patrimonio cultural. Recuérdese que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha considerado ilegítimo el silencio positivo en lo que concierne a autorizaciones relativas a aguas públicas<sup>4</sup>.

Esta situación puede conducir incluso al incremento del contencioso administrativo, especialmente por iniciativa de terceros. El proceso administrativo tenderá a transformarse en el momento en que la

---

<sup>4</sup> En el Proceso C-360-87, el T.J. afirma tajantemente que la atribución (o revocación) de autorizaciones debe resultar de un acto explícito, resultado de un proceso administrativo bien establecido y con reglas precisas, concretamente en lo referido al cumplimiento de determinadas condiciones por los particulares.

Si entendemos que esta Sentencia tiene un alcance general (además de las Directivas sobre aguas subterráneas), ello significa que se cuestiona claramente la posibilidad de que el acto de silencio positivo constituya el acto final de un procedimiento administrativo cuando están en juego intereses públicos importantes.

A ello se le añade que el ambiente no sólo es un derecho fundamental del ciudadano (art. 66.º/1 de la C.R.P.), sino también un interés público (que compete al Estado proteger —arts. 9.º/d) y c) y 66.º/2 de la C.R.P.), que además se asume en determinados procedimientos administrativos (*maxime* en el procedimiento especial de evaluación de impacto ambiental) como el objeto mismo de la decisión administrativa, superando la tesis de mero parámetro de conformidad con las disposiciones legales. Siendo así, estamos convencidos de que la *fictio iuris* contemplada en el artículo 5.º/3 de la L.E.I.A. no es procedimental, y constitucionalmente admisible, y más aún considerando que el parecer que concluye este procedimiento es, según nosotros, un *acto final parcial*, contenciosamente recurrible (que analiza el impacto global del proyecto en el ambiente), no habiendo, por tanto, lugar a una doble ponderación de intereses.

Esperamos ver esta situación corregida en el nuevo régimen jurídico de evaluación de impacto ambiental, cuyo proyecto ha contado con nuestra colaboración y que tarda en ver la luz del día.

Administración buscará justificar tardíamente su decisión, en perjuicio de una fundamentación contextual (*vide* el caso alemán, § 45 VwVfG).

Después de haberse teorizado la transformación parajudicial del procedimiento, podría ahora abrirse el camino a la procedimentalización del proceso (cfr. § 114 VwGO), una fase en la que la contradicción es más intensa, con repercusiones, una vez que la ponderación de intereses ya es eficaz, a nivel del refuerzo de la (discutible) presunción de legalidad del acto administrativo. Los problemas planteados por el silencio positivo son enormes, sin olvidar que estará en cuestión la obligación de concluir el procedimiento y el deber de decidir de la Administración plasmado en el artículo 9.º del C.P.A.

Nos preguntamos si no habrá incluso una contradicción insalvable entre los artículos 9.º y 58º y el artículo 108.º del C.P.A., una vez que aquellos artículos tienen ínsita la idea de la práctica de un acto expreso en un determinado plazo. Los deberes de la Administración de decidir y concluir el procedimiento no armonizan bien con el silencio administrativo, aun siendo cierto que hay que distinguir entre el deber de proceder y el deber de decidir propiamente dicho. En síntesis, el objetivo del artículo 9.º del C.P.A. es precisamente el de limitar e inhibir el silencio, la inactividad de la Administración. Para nosotros, el silencio positivo es dogmáticamente insustentable.

La solución adoptada por el legislador (arts. 108.º, silencio positivo, y 109.º, silencio negativo, del C.P.A.), en los que se equipara un comportamiento o, mejor dicho, un no comportamiento (inactividad) a un acto administrativo, en lo que atañe a los efectos jurídicos, no puede ignorar que el silencio pueda ser considerado ilegítimo, e impugnado contenciosamente, como violación del deber de proceder y decidir, sin que se pueda confundir con la anulación del «acto» (positivo o negativo) en que se transforma, transcurrido el plazo legalmente fijado.

Pensamos incluso que en algunos casos el silencio positivo se puede revelar como inconstitucional, por derogar brutalmente el principio constitucional que impone imperativamente a la Administración el deber de perseguir el interés público (art. 266.º/1 de la C.R.P), perjudicando irremediabilmente la completitud del material instructorio y una adecuada ponderación de intereses procedimentalmente exigida (véase la delicadeza del concepto de *Abwägungsstaat*, así como el debate planteado en los últimos años por la doctrina alemana, por ejemplo, LEISNER y KOCH). En suma, cae el principio, también constitucional del procedimiento justo de alguna forma, el principio de legalidad, en favor de la seguridad y de la celeridad exigidas por los particulares.

2. En cuanto a la arquitectura de la justicia administrativa (contencioso), está dominada por el principio de la plenitud y efectividad de la tutela jurisdiccional (arts. 20.º y 268.º/4 de la C.R.P. y art. 2.º del C.P.C.), al que no es ajena la positivación constitucional de medidas cautelares adecuadas (art. 268.º/4, *in fine*). Manteniendo aún un carácter dualista, se acentúa su dimensión subjetivista (particularmente con la reforma constitucional de 1997), al ser la *causa petendi* ya no (simplemente) la ilegalidad del acto sino su lesividad (art. 268.º/4 de la C.R.P.). Esto debería querer significar que el recurso contra actos no se agota en su anulación, sino que resuelve también la cuestión de derecho material subyacente en lo que respecta a las relaciones entre la Administración y los particulares, acompañado del reconocimiento de poderes de plena jurisdicción al juez<sup>5</sup>.

Examinando los ordenamientos jurídicos europeos, no parece ser otro el sentido de la evolución de la justicia administrativa. Véase el alcance del *bien fondé*, del *buen derecho*, la reducción de la discrecionalidad respecto de los derechos fundamentales, el redimensionamiento de los vicios formales (§ 46 VwVfG), la inadmisibilidad de argumentos irrelevantes con respecto al resultado, la relectura de la desviación de poder como vicio de la función administrativa en su vertiente proporcionalística o la *hard look doctrine*.

En materia de «acciones» de impugnación de normas, al contrario de lo que hoy sucede (art. 63.º de la L.P.T.A. —pudiendo ser interpuestas «en cualquier momento»), somos de la opinión de que debería fijarse un plazo, por ejemplo dos años (tal y como sucede en Alemania, de acuerdo con las últimas reformas), so pena de una inestabilidad (excesiva) de tales normas, que constituyen, sin embargo, el ordenamiento jurídico particular de la Administración.

Los tribunales administrativos, como auténticos tribunales (art. 209.º/1/b de la C.R.P.), son los tribunales propios, especializados, en materia administrativa (art. 212.º/3 de la C.R.P.), siendo competencia del juez administrativo asegurar la plena protección de los derechos e

---

<sup>5</sup> Sin embargo, la pérdida de autoridad de las sentencias anulatorias, aliada con la relativa ineficacia del proceso de ejecución de lo juzgado (a pesar de que el art. 9.º/2 del D.L. n.º 256-A/77, de 17 de junio, además de lo dispuesto en los arts. 11º y 12º, permite al juez administrativo «especificar» en qué debe consistir la actuación de la Administración en la ejecución de lo juzgado), es una de las manifestaciones más graves de nuestra incivildad administrativa (proponiéndose, como sucede con las *astreintes* en Francia, que el tribunal pueda aplicar a los titulares de los órganos administrativos medidas compulsorias destinadas a garantizar la ejecución de la sentencia, cuyo proceso carece de verdaderos medios ejecutivos). Curiosamente, somos aquí, en materia de justicia administrativa, prisioneros de una tradición que en realidad nunca hemos tenido —el Estado liberal— en donde era suficiente remover el obstáculo creado por la Administración para obtener una justicia sustancial. No en el Estado social de Derecho, en el que el ciudadano pretende también obtener del poder público un comportamiento o un acto. A esta incapacidad de hacer justicia se le llama justicia administrativa.

intereses legalmente protegidos de los ciudadanos, reprimir la violación de la legalidad y dirimir los conflictos de intereses (públicos y privados) en el ámbito de las relaciones jurídico-administrativas (art. 3.º del E.T.A.F.). Sobre el sentido y alcance del artículo 212.º/3 de la C.R.P., entendemos que apunta hacia una reserva material absoluta de jurisdicción reconocida a los tribunales administrativos, por lo que al legislador le está vedado devolver a los tribunales comunes el enjuiciamiento de litigios materialmente administrativos, salvo si tales devoluciones de competencia estuviesen previstas en la Constitución. El hecho de que haya una larga tradición que apunta en otro sentido (contraordenaciones, expropiaciones por interés público, etc.)<sup>6</sup>, quizá deberá obligar al legislador ordinario a operar una revolución tranquila, imponiéndose entretanto al intérprete un esfuerzo hermenéutico gradualista del referido precepto constitucional, sin quitarle densidad axiológico-normativa, como es el caso de la doctrina y de la jurisprudencia que ven en el n.º 3 del artículo 212.º de la C.R.P. una regla definidora de un modelo típico, cuyas adaptaciones, respetando su contenido esencial, quedarían a merced de la libertad constitutiva del legislador<sup>7</sup>. Reconocida la especialidad del Derecho administrativo, no tiene mucho sentido no reconocerle una jurisdicción igualmente especial con respecto a los tribunales judiciales —como resulta claro desde la reforma constitucional de 1989.

Se consagra, por consiguiente, una jurisdiccionalización total —material, procesal y orgánica— de lo contencioso-administrativo.

Es de suma importancia, como ya se ha dicho, el reconocimiento constitucional (art. 268.º/4) de una nueva acción para la «determinación de la práctica de actos administrativos legalmente debidos». En cuanto a la suspensión de la eficacia del acto, aparte de la incontrovertible necesidad de una ponderación de los intereses públicos con los intereses de los particulares, por lo demás ya admitida por alguna de

---

<sup>6</sup>Lamentablemente, la Ley n.º 168/1999, de 18 de septiembre (que aprueba el nuevo Código de Expropiaciones), continúa atribuyendo a los tribunales comunes la competencia para la fijación litigiosa del valor de la indemnización (art. 66.º), receditando el viejo mito liberal de este juez como guardián de la propiedad privada. Permanece, con todos los inconvenientes conocidos, la naturaleza mixta del procedimiento de expropiación. Por un lado, un procedimiento administrativo especial que culmina en el acto de declaración de utilidad pública, impugnabile en los tribunales administrativos. Por otro, el referido procedimiento especial de carácter judicial, con la agravante de que se continúa reservando a la competencia del juez del tribunal común el «acto» de adjudicación de la propiedad (art. 51.º/5) que, además de ser un acto materialmente administrativo, plantea el problema (dogmático) de saber cuál es finalmente el acto definitivo del procedimiento ablatorio [cfr., sin embargo, el art. 4.º/1/c) del E.T.A.F.].

<sup>7</sup>Pero también aquí es preciso tener cuidado. Teniendo en cuenta la idea de que la «necociación legislativa» no es un fenómeno política y jurídicamente irrelevante, el peligro de desviación de poder legislativo no puede ser ignorado, a pesar de la vigilancia del Tribunal Constitucional.

la jurisprudencia más creativa con respecto a los requisitos establecidos por el artículo 76.º/1 de la L.P.T.A.<sup>8</sup>, pensamos que se impone la suspensión de (algunos) actos negativos<sup>9</sup>, siempre que sean garantizados algunos presupuestos, en especial en lo que se refiere a los actos de no concesión de peticiones de actos de autorización, por lo menos cuando se trate de la práctica de un acto sustancialmente vinculado, como pueden ser las licencias (o autorizaciones) urbanísticas obtenidas *después* de la planificación, ya que la Constitución no considera el *ius aedificandi* como parte integrante del derecho de propiedad (art. 62.º/1 de la C.R.P.) y la fuerza vinculante directa e inmediata para los particulares de las prescripciones de los planes especiales y municipales de ordenación del territorio –artículo 3.º del D.L. n.º 380/1999, de 22 de septiembre<sup>10</sup>.

Otra cuestión destacada se capta en la frecuente naturaleza poligonal de la relación jurídico-administrativa, particularmente en el Derecho ambiental, en el que, en atención a una tutela preventiva de estos bienes, se empieza a adivinar la posibilidad de que la suspensión de la eficacia del acto se asuma como un recurso principal, relativizándose también aquí la concepción subjetivista del contencioso. Con la misma lógica de una tutela efectiva, empieza a admitirse también la posibilidad de suspensión de la eficacia de reglamentos de aplicación inmediata, concretamente en el ámbito de la acción popular procedimental, dada la apertura de las formas procesales previstas en la Constitución (art. 52.º/3) y en el Derecho vigente [Ley n.º 83/95, de 31 de agosto, arts. 1.º y 12.º y ss.; Ley n.º 35/98, de 18 de julio, art. 10.º; y en el D.L. n.º 380/99, de 22 de septiembre, art. 7.º/1/a)].

En resumen, el modelo de justicia administrativa debe asegurar no sólo la «garantía» de la Administración, sino también la «garantía» de los particulares. La juridicidad de la actividad administrativa garantiza naturalmente la tutela de las posiciones jurídicas sustanciales y procedimentales de los particulares, pero incluye también la adecua-

---

<sup>8</sup> Por otra parte, puesto que no hay comparabilidad, ontológica o de otro tipo, entre el interés público y los intereses privados –en este sentido LEISNER– tampoco el principio de proporcionalidad puede ser visto como una fórmula mágica que permita que el juez detente la soberanía absoluta sobre la decisión del caso concreto.

<sup>9</sup> Cuyo examen no es posible hacer aquí, aunque diremos que se trata de actos que impiden el acceso a ventajas o situaciones jurídicas que en algunos casos se pueden considerar como debidas, por lo que no siempre es cierto su carácter no innovador.

<sup>10</sup> Mejor habría sido, ponderando la naturaleza discrecional y desigualitaria de la planificación urbanística («discrecionalidad normativo-técnico-administrativa»), que estos planes y particularmente el PDM, por su ámbito espacial de aplicación, conformasen más el territorio y menos el derecho de propiedad del suelo. Se aboga, en resumen, por una planificación urbanística estructural, superando de esta forma las «grandes narraciones de los planes», como ocurre con la Ley n.º 48/1998, de 11 de agosto (que establece las Bases de la Política de Ordenación del Territorio y de Urbanismo), en la que se supera algunas confusiones entre urbanismo y ordenación del territorio.

da persecución del interés público, a cuya tutela debe corresponder un derecho fundamental de la Administración y no sólo un deber.

Por lo que se refiere a la *pars construens*, es momento de tocar algunos de los aspectos más problemáticos y de trazar una perspectiva de futuro.

Desde luego, la dualidad de jurisdicciones en materia de contencioso de los contratos de la Administración Pública y de responsabilidad civil (cfr., *a contrario sensu*, el art. 1.º del D.L. n.º 48051, de 21 de noviembre de 1967). Nos parece que la litigiosidad relativa a los contratos privados de la Administración, en la medida en que también a través de ellos se persigue el interés público, deberían caer en el ámbito de la justicia administrativa, como sería el caso de los actos relativos al procedimiento (especial) precontractual (mejorando en este caso la redacción del art. 9.º/3 del E.T.A.F.). En el campo de las acciones sobre contratos administrativos, la legitimación<sup>11</sup> debe abrirse a terceros, permitiéndoles ejercer acciones contractuales para la salvaguarda de sus derechos e intereses legalmente protegidos, sin olvidar que algunos de esos contratos tienen consecuencias ambientales notables, por lo que no vemos ninguna razón para descartar al *actor popular* en estas acciones.

La tendencia hacia la privatización del Derecho público o hacia su neutralidad (indiferencia del Derecho que rige la actuación de la Administración, véanse algunos contratos en materia de equipamiento informático) nos parece también preocupante, especialmente a nivel de la contratación pública, lo que, además de descaracterizar el Derecho administrativo, contiene un fortísimo equívoco. En su base está la idea (errada) de que existe siempre de un lado una Administración fuerte, un poder, y de otro lado un sujeto débil merecedor de tutela. En definitiva, un cierto hipergarantismo ingenuo. En realidad, al contrario de lo que se pueda pensar, el Derecho privado no es más favorable para las partes (particulares) más débiles.

En un régimen de prioridad con respecto a todo lo que sea economía y economía globalizada, muchas normas de Derecho, no lo olvidemos, no están escritas por los Estados sino por organizaciones internacionales o incluso por las multinacionales. Se camina hacia una *societas mercatorum* o *business community* que se erigen en un ordenamiento supranacional, en una realidad crecientemente caracterizada por contratos atípicos de extracción norteamericana —*leasing, franchi-*

---

<sup>11</sup> En virtud del artículo 825.º del C.A., ésta cabe sólo a las partes contratantes, lo que, ante la duplicidad (desarticulada) de medios procesales, lleva a algunos autores a hablar de esquizofrenia de lo contencioso de los contratos administrativos, que incluye las acciones sobre contratos y el recurso contencioso de los «actos separables» (lesivos) practicados por la Administración en la fase de formación y ejecución de los contratos administrativos.

*sing, factoring, performance bond*, etc.— preordenados a la tutela de intereses transversales y transnacionales.

Por otra parte, igualmente preocupante es el constante resbalar constitucional (aludimos a las sucesivas reformas de la Ley Fundamental) de lo contencioso administrativo hacia las tesis subjetivistas, rompiendo con un equilibrio indispensable en este campo, vistas las ventajas de cada uno de los modelos (objetivista y subjetivista). Las consecuencias no se harán esperar, siendo destacable la *desaparición de los vicios formales del acto* y de los célebres *intereses legítimos* (que tantos servicios habían prestado a los ciudadanos y a la Administración), debiéndose entonces caminar hacia una solución de tipo germano (admitiéndose, de acuerdo con esta lógica, la fundamentación póstuma del acto, § 45 VwVfG). La *inestabilidad* del acto, paradójicamente, va a hacerse más profunda, con manifiestas consecuencias a nivel de la persecución del interés público, acompañado de la ineluctable pérdida de importancia del procedimiento administrativo y de los medios procesales dirigidos a la tutela de los impropriamente llamados intereses difusos<sup>12</sup>. Lo mismo se puede decir del principio de legalidad y de la desviación de poder, pues la evolución (¿involución?) a nivel constitucional implica que decaiga el interés público, en suma, los fines públicos que la Administración debería perseguir como poder que es.

A nuestro juicio, la patrimonialización y la subjetivación de las relaciones jurídico-administrativas no dejará de producir efectos perversos a nivel de procedimiento y del proceso administrativo, para no hablar de las limitaciones en materia de prueba (art. 12.º de la L.P.T.A., con la exclusión incomprensible de la prueba testifical y la inspección en los procesos que sigan la L.O.S.T.A., en lo que es una manifestación más de temor reverencial en relación a ciertos entes superiores del Estado). Sobre este tema sería interesante no olvidar las soluciones establecidas por el Derecho procesal alemán (§ 86, § 87, § 98 y § 173 VwGO), en el que se permite un control jurisdiccional difícilmente encontrable en otro ordenamiento jurídico de los Estados miembros de la Unión Europea.

Igualmente nefasta nos parece la idea de *parificar totalmente* las relaciones entre la Administración y los particulares, con los equívocos inevitables a nivel de la ponderación de intereses (públicos y privados), especialmente en el importante campo de las medidas cautelares y, más en general, de los medios procesales accesorios<sup>13</sup>. Por el

---

<sup>12</sup> Queda aún el problema de la utilización de la acción para el reconocimiento de derechos, habiendo un acto que se haya vuelto inimpugnable por el transcurso del plazo de recurso contencioso. No creemos que en situaciones normales el límite, excepto en el caso de la nulidad, deba superar el plazo del Ministerio Público y del caso decidido (art. 28.º/1/c) de la L.P.T.A.

<sup>13</sup> Se debe, cso sí, objetivar la noción de «grave lesión del interés público», acompañándola con la inversión de la carga de la prueba en algunos casos que se tendrían que tipificar,

contrario, aunque procedimentalizado, el momento de autoridad de la Administración es ineliminable. No veo cómo pueda ser posible, recurriendo al Código Civil, hacer un plan urbanístico o una expropiación por utilidad pública.

Por otro lado, la reforma del Derecho procesal administrativo no puede dejar de verse acompañada por una adecuada modificación de la correspondiente estructura organizativa judicial, so pena de una litigiosidad inútil. La reforma parcial de 1996 fue, por razones de todos conocidas, manifiestamente insuficiente. En efecto, el Decreto Ley n.º 229/1996, de 29 de noviembre, creó el Tribunal Central Administrativo (T.C.A.) como instancia intermedia entre los Tribunales Administrativos regionales y el Supremo Tribunal Administrativo (S.T.A.), lo que es manifiestamente positivo, destinada a recibir una buena parte de las competencias del S.T.A. [especialmente la materia relativa al función pública, art. 40.º/a) y b) del E.T.A.F.], de modo a descongestionar su volumen de trabajo. Sin embargo, permanece su doble personalidad (ahora extensiva al T.C.A.) de Tribunal de primera y de segunda instancia (a pesar de la existencia de tres niveles de jurisdicción, se mantienen sólo dos instancias normales de decisión para cada proceso, art. 103.º de la L.P.T.A.). En realidad, como consecuencia de una tradicional reverencia a ciertos órganos, el Supremo Tribunal Administrativo continúa conociendo de algunos actos administrativos (o en materia administrativa) en primera instancia —actos del Gobierno y sus miembros, de órganos supremos del Estado (Presidente de la República, Asamblea de la República y su Presidente, Ministros de la República y «Provedor de Justiça»<sup>14</sup>), a excepción de los relativos al funcionariado público, además de otros actos de entidades superiores, en los términos del artículo 26.º/1/c) del E.T.A.F.

En suma, la reforma de 1996 aproximó al S.T.A., sin conseguirlo del todo, al estatuto de un tribunal supremo.

---

visto que el principio de reparto objetivo de la carga de la prueba puede ser insuficiente en materias de fuerte discrecionalidad, como ocurre en el campo ambiental y urbanístico, en los que es patente el constreñimiento y limitación de derechos fundamentales de índole variada.

Por otra parte, en lo que se refiere al probable perjuicio de difícil reparación sufrido por el demandante con la ejecución del acto (nos referimos aún a los requisitos establecidos por el artículo 76.º/1 de la L.P.T.A. para la suspensión de la eficacia del acto), habría que apuntar hacia criterios como la verosimilitud o la irreversibilidad, especialmente cuando están en cuestión bienes ambientales que expresan otra forma de daño moral (artículo 496.º/1 del C.C.), el *daño existencial* del ciudadano, coincidente, por otra parte, en el ámbito de relaciones jurídico-administrativas poligonales, con la «grave lesión del interés público» (determinada «paradójicamente» también por la ejecución del acto y no por su suspensión), descartando, así, los criterios más o menos economicistas que han regido tradicionalmente la jurisprudencia (sin perjuicio de nuevas orientaciones, como es notorio en la Sentencia del S.T.A., de 17/9/96, p. 40935, en la que se observa una innovadora —y ambientalmente favorable— ponderación entre los intereses públicos en conflicto.

<sup>14</sup> Órgano del Estado similar a nuestro Defensor del Pueblo (Nota de los T.).

Sobre la *reforma* del contencioso administrativo, absolutamente necesaria ante la fragmentariedad legislativa y respectiva datación histórica (algunas normas son muy anteriores a la Constitución de 1976), el Gobierno ha preparado sucesivos proyectos, siendo el último de 6 de noviembre de 1997. Más recientemente, en febrero de 1999, se elaboró, en el ámbito del S.T.A., un Proyecto de «Código de Proceso en los Tribunales Administrativos» (P.C.P.T.A.).

Muy sintéticamente, algunos de los aspectos más relevantes de los mencionados proyectos se pueden relacionar con la regulación de las nuevas acciones de condena para obtener la práctica de actos administrativos legalmente debidos; la transformación de la acción para el reconocimiento de derechos o intereses legalmente protegidos en un medio propio o complementario de otros medios procesales (desapareciendo su carácter residual), especialmente del recurso contencioso de anulación (que deja de ser el medio privilegiado de acceso a la justicia administrativa); se prevé un control más significativo de la juridicidad de los actos discrecionales (hasta aquí un cómodo refugio de la jurisprudencia), sea a nivel funcional (procedimentalización de la actividad administrativa), sea a nivel sustancial (por acción de los principios plasmados en el art. 266.º/2 de la C.R.P., especialmente el principio de proporcionalidad), sin olvidar el déficit en materia de prueba (arts. 12.º del E.T.A.F. y 12.º y 14.º de la L.P.T.A., manteniéndose, por lo que parece (*¿?*), para algunos procesos la exclusión de la prueba testifical y por inspección); se amplía e intensifica la protección cautelar de los administrados; mejorándose igualmente las garantías de los ciudadanos contra la inejecución ilegítima de las sentencias administrativas.

Lo que auguramos sinceramente es el equilibrio y mezcla entre el modelo *legal* de contencioso administrativo —de tendencia objetivista— y el modelo *constitucional* —cuya inspiración subjetivista se observa inmediatamente en la primacía que se da a la acción para el reconocimiento de derechos o intereses legalmente protegidos en la actual redacción del n.º 4 del artículo 268.º/4 de la C.R.P. La solución a la que se llegue no puede negar una importancia primordial al acto y a los medios procesales que le están asociados, sin poner en cuestión la articulación—relación entre el procedimiento y el proceso administrativo. La intensificación de esta relación es incluso esencial para una justicia administrativa que garantice una tutela ponderada de los derechos o intereses legalmente protegidos y de los intereses públicos, lo que pasa por una comprensión constitucionalmente amplia de acto recurrible (art. 268.º/4), asociada a un criterio de lesividad vinculada a los momentos significativos del procedimiento, a la deontología y a la lógica de su desarrollo. Importa resaltar que la lesión de derechos e intereses dignos de tutela puede resultar de un *vicio* de procedimiento, sin que haya resultados dañosos inmediatos.

Caminando ya en otras direcciones dogmáticas, más abstractas y universales, diríamos que, en un contexto de *overdose legislativa*, acentúa el peligro de una nueva forma de discrecionalidad, ahora en el ámbito de la actividad administrativa vinculada. La norma a aplicar, que debería ser el momento del *vínculo* por excelencia, pasa a configurarse como momento de la *elección*. El *horror incerti* viene a sustituir ahí al *horror vacui*. La incerteza del Derecho es, por otra parte, el motivo central y dominante de la crisis del Derecho, omitiéndose la enseñanza de TACITO: *corruptissima Republica plurimae leges*.

En síntesis, la muerte anunciada de la Administración y de su Derecho parece consistir no sólo en la mutación genética de sus instrumentos jurídicos, sino también en el fin de la Administración como *poder* —a la que tradicionalmente se le atribuyen poderes diversos y especiales con respecto a los del Derecho privado— en la persecución del interés público que también sucumbe. El Derecho administrativo, como Derecho de concreción del Derecho constitucional, no puede dejar de ser un Derecho del Poder, por lo que la confluencia de las zonas procesal y jurisdiccional del Derecho administrativo en el Derecho procesal civil debe hacerse con cuidado, especialmente en lo que atañe a la intangibilidad de la jurisdicción contencioso-administrativa como reducto de la especialidad de la Administración y de su Derecho.

3. Empezando a cerrar esta breve reflexión, la integración europea plantea dos órdenes de problemas al ordenamiento jurídico nacional: de carácter jurídico-sistemático y de naturaleza dogmática. A esto se le añade que nuestro legislador no tiene normalmente el coraje y la lucidez de transponer de forma crítica y con criterio las normas comunitarias (particularmente las Directivas), limitándose a una traducción literal y servil, confiando en que la doctrina y la jurisprudencia resuelvan el problema.

Para las normas comunitarias es sustancialmente irrelevante la distinción entre Derecho público y Derecho privado, lo que en conjugación con las pulsaciones panprivatistas (también dominantes en la Unión Europea) puede conducir a la irremediable desnaturalización del Derecho administrativo y de sus principales institutos jurídicos<sup>15</sup>. Así, si la reforma gregoriana, supranacional, alrededor del 1100 (Gregorio VII), señala, según algunos (H.J. BERMAN), el momento originario de la experiencia jurídica occidental, la revolución comunitaria puede significar el final del Derecho administrativo, como Dere-

<sup>15</sup> Es particularmente visible, en materia ambiental, que las Directivas más recientes son menos rigurosas, exigentes y detalladas, al contrario de lo que sucedía, paradójicamente, cuando la tutela del ambiente no había recibido (aún) consagración «constitucional» en el Tratado de Roma, lo que no sucedió hasta el Acta Única Europea.

cho especial de la Administración Pública. Es curiosamente un elemento común a ambas épocas la concentración de poder a nivel supranacional, con la diferencia de que la ciencia jurídica se ha secularizado hasta tal punto que el Derecho corre el riesgo de reducirse a legislación. La pérdida de «sacralidad» del Derecho administrativo es otro factor preocupante de su disolución en el Derecho privado —un Derecho agnóstico y burgués.

Resbalamos, así, hacia una cultura jurídica que no conoce la diferencia entre *Derecho y ley, droit et loi, Recht und Gesetz*. Volvemos al inicio, es la ley, no el Derecho *tout court*, el que se impone al poder político.

Nos queda esperar que este pronóstico no sea acertado.

Llegando al final, permítasenos hacer algunas advertencias. El Derecho administrativo ha sido y es, como diría BALZAC, el arte de aplicar la ley sin ofender innecesariamente los derechos e intereses legalmente protegidos de los ciudadanos (intereses legalmente protegidos que no son más que la simbiosis del interés público con los intereses privados). En el futuro, será, en la mejor de las hipótesis, el arte de que la Administración aplique el Derecho sin limitar irrazonablemente el interés público. Las señales de fragmentación y de privatización del Derecho administrativo son ya evidentes, como ya han hecho notar varios autores.

Como las cosas están evolucionando e involucionando, será necesario algún día (no muy lejano) escribir un libro con el siguiente título: «Hacia un Derecho administrativo de garantía de la Administración Pública». Los peligros de la «desespecialización» del Derecho administrativo están ahí, y un «Derecho privado especial» no casa con un Derecho noble como es el Derecho administrativo. La hibridización es otra tentación, que ya recibe acogida en diversas instituciones, sin olvidar la fascinación creciente por el arbitraje.

Paradójicamente, la ruptura del equilibrio necesario entre privilegios y garantías, que ha dirigido el Derecho administrativo en favor de las últimas (garantías de los ciudadanos), provocará un mayor desequilibrio a favor de los privilegios, pero ahora de los particulares fuertes. La consecuencia inevitable es un aumento de la corrupción, tantas veces impulsada por dificultades burocráticas innecesarias y que nada tiene que ver con una correcta realización del interés público. La fuga hacia el Derecho privado no es más que la mala conciencia de una Administración incapaz de perseguir el interés público, que renuncia a ser un poder público.

Enfrentados a la gradual y avasalladora formación no estatal del Derecho y a la pluralidad de centros de formación o creación del Derecho, uno de los problemas del Derecho público actual es cómo conocer el Derecho administrativo. Lo que adquiere vigor es la *Verfassungslehre* de SCHMITT a nivel supranacional, donde no hay, como ya

se mencionó, una clara distinción entre el Derecho público y el Derecho privado. El «acto» y el «interés público» son modelados (en buena medida) por el decisionismo de los grandes agentes privados. Por tanto, las *Aussagen*, es decir, las aserciones de los privados son hoy el centro del poder, por lo que no cuesta adivinar también la muerte del procedimiento administrativo como instrumento refinado de mediación y de convivencia entre intereses diferenciados en la realización del interés público<sup>16</sup>.

HUSSERL decía, en 1955, que «la legislación es el futuro, la jurisdicción el pasado y la Administración el presente». Yo hoy diría, sin gran optimismo, que la Administración es el pasado, la legislación y la jurisdicción administrativa el presente, y el Derecho privado, común a la Administración y a los particulares, el futuro, olvidándonos que, como supo hacer MONTESQUIEU, el futuro podrá también estar en los bosques del pasado (si aún los hubiere).

En una sociedad refeudalizada, sin Estado ni interés público, no hay Derecho administrativo. La fase terminal de la parábola del Estado y su salida de escena constituyen la mayor «revolución» del siglo XX, y una fuente de inspiración de utopías negativas (el nada admirable Mundo nuevo de HUXLEY).

En un contexto de «consenso informático», se impone un denso «*Technological Bill of Rights*». Las nuevas tecnologías plantean, incluso, problemas nuevos a la técnica legislativa y a la tutela de los derechos más elementales de los ciudadanos.

La legislación actual es excesivamente porosa, y al ser tantas veces sus autores cuerpos técnicos o autoridades administrativas independientes, pierden su estabilidad y densidad axiológico-normativa.

4. Antes de concluir lo que fue pensado y escrito, se impone aún una «distráida» referencia semántica y existencial al *tiempo* y al *Derecho administrativo*, tiempo que constituye una de las puertas de ingreso en la realidad y un componente esencial de esa misma realidad, porque el tiempo conduce al hombre, a su existencialidad y justiciabilidad.

El problema del Derecho no es conocer la persona humana (cada vez una idea más abstracta e infecunda), a pesar de su reiterada y esquizofrénica afirmación en los libros y en los códigos, o tener una comprensión trascendental de ella.

En el fondo, el tiempo como fenómeno jurídico: en el procedimiento administrativo; en la tutela del ambiente; lentitud y rapidez;

---

<sup>16</sup> Obsérvese la situación preocupante en el Derecho urbanístico, en donde, por fuerza del imperio de sujetos privados fuertes, amablemente designados por la ley como «promotores inmobiliarios», la discrecionalidad administrativa se ha transformado patológicamente en una *ponderación jurídico-subjetiva de presiones*.

tiempo de preparación y tiempo de ejecución; tiempo y derechos fundamentales; tiempo como objeto de situaciones jurídicas; tiempo irrepetible (el de la persona); tiempo como instrumento de tutela del interés público y de los derechos e intereses legalmente protegidos; tiempo y justicia, en suma.

El tiempo, al ser introducido en el C.P.A., que prevé un plazo determinado para la conclusión del procedimiento, parece haber querido llamar la atención sobre la relación del sistema administrativo con el mundo vital. Por un lado, sitúa el tiempo juridizado en el interior del objeto del contencioso administrativo –interés público y derechos e intereses legalmente protegidos de los particulares.

La dimensión temporal está ínsita en el concepto de procedimiento (arts. 58.º y 72.º del C.P.A.) y, más latamente, en el concepto de Derecho y de Justicia; pero no se trata de un tiempo abstracto y formal, sino de un tiempo real de minutos, de horas, de días, de meses y de años... la justicia que tarda.

Es decir, un tiempo de hombres, de personas. Con el tiempo, entra en el Derecho, en el sereno mundo de las ideas el «devenir-ser»: hechos, ideas, imprevisibilidades... El jurista se contempla como parte de la realidad que investiga, como un hombre en su integralidad, con sus opiniones, sueños, esperanzas e inquietudes.

La evolución del Derecho no puede ignorar a las personas concretas, a sus comportamientos, atribuyendo una nueva vitalidad al objeto de la ciencia jurídica. Por decirlo en pocas palabras, el procedimiento administrativo como mediación temporalmente adecuada, en la que se condensan la dimensión técnico-instrumental, racional, estética y dramática de la vida, siempre y cuando las proposiciones sean aceptables por terceros y puedan ser objetivamente fundamentadas en la base de un relación plurisubjetiva. Subyace aquí el concepto germánico de urbanidad del *hombre culto-medio-ideal*.

No nos olvidemos de que la vida de la persona humana es perennemente incierta, la vida es como una corriente que puede faltar en cualquier momento. Porque la vida... pasa, el tiempo pasa inexorablemente, el sujeto está obligado a ver el panorama de su mundo en la memoria, como pasado, pero delante de sus ojos como presente, en la esperanza de futuro. Es decir, la vida entre un pasado que no es y un futuro que aún no ha llegado y que nos impide estar en el tiempo. HEIDEGGER sitúa la comprensión entre las modalidades de su *Dasein*, del que, sin embargo, no nos olvidemos, extrae el sentido en la y de la temporalidad.

La noción de tiempo es particularmente dramática cuando hablamos de medidas cautelares o de la ejecución de lo juzgado (atendiendo, especialmente, al principio de la ejecución efectiva). Sin embargo, estas divagaciones sobre la relevancia jurídica y existencial del tiempo

en y para el Derecho administrativo no pueden ser pretexto para soluciones simplistas o apresuradas, para una simplificación administrativa descerebrada que apague la memoria del procedimiento, el mundo de la vida y el derecho de la Administración a decidir.

La verdad es que la Administración existe para servir el interés público y tutelar las posiciones jurídicas de los más débiles. Hay más cosas en el mundo, cuando entendida ingenuamente, que la eufórica noción de lesividad de los derechos e intereses legalmente protegidos de los particulares, ya que la ausencia de lesividad no implica necesariamente la inexistencia de un acto ilegal. Empieza a oírse por ahí el clamor de la «rebelión de las masas».

5. Por último, una suspensión reflexiva sobre el método de la jurisprudencia administrativa, acompañada de algunas consideraciones finales sobre el momento original y constitutivo de la especialidad del Derecho administrativo, la discrecionalidad.

Se plantea así el siguiente problema: ¿pluralidad (ante la diversidad del objeto) o unidad metodológica?

Siendo cierto que el Derecho es también lo que la jurisprudencia dice que es el Derecho (y no sólo el caso *sub iudice*), nuestra tesis es (resumidamente) la de que no se puede afirmar la pluralidad de métodos jurídicos sin poner en peligro la unidad de la propia jurisprudencia.

En la jurisprudencia, al contrario que en otras ciencias, la unidad del método es fundamental en la medida en que es el método el que convalida el resultado y no al contrario. Si en las ciencias llamadas exactas la elección de los hechos es fundamentalmente arbitraria y da poco relieve al contexto real en que aquéllos se sitúan, en la jurisprudencia la realidad no es un *Weltausschnitt*, tanto más significativo cuanto más minúsculo y restringido, los vínculos son aún mayores y no pueden desvincularse de su contexto existencial.

El objetivo esencial de la jurisprudencia no es el consenso, sino la verdad material, la justicia material.

En síntesis, suscribimos, en un marco democrático y participativo del sistema administrativo, un Derecho administrativo en el que rige la centralidad del interés público, aunque con todas las garantías de los particulares.

Los caracteres intrínsecos de la actividad administrativa representan una especie de *constitución estructural legada por la historia* e interpretada por el principio de la discrecionalidad.

El camino a seguir no es la *panconsensualización* de la Administración (el consenso, de tener algún significado, debe expresar la aceptabilidad intersubjetiva-procedimental-racional de la decisión) o la *panlegalización* del hacer administrativo, sino la profundización del control jurisdiccional del principio originante de la especialidad del

Derecho administrativo —la discrecionalidad. A la Administración le cabe ahora el poder—deber circunscrito y delicado de definir, entre las varias hipótesis posibles, la única elección de buena y correcta administración, por tanto, la mejor. El procedimiento, como *casa común de la actividad administrativa*, sujeta a los principios plasmados en el artículo 266.º/2 de la C.R.P. (imparcialidad, buena fe, igualdad, justicia y proporcionalidad en sentido amplio) apaga las diferencias agudas entre la actividad administrativa vinculada y la actividad discrecional. El acto debe ser «bueno», eficiente (art. 10.º del C.P.A.), «cualidad del acto» que es, por exigencia de los principios citados, un parámetro incontrolable de la propia juridicidad del acto, que debe «vivir» en el ámbito jurídico, no sólo por no sufrir de algún vicio o «enfermedad» sino porque tiene ciertas cualidades, cualidades que constituyen ahora elementos esenciales del propio acto administrativo. Por consiguiente, el acto tiene que ser eficiente, adecuado y justo, lo que equivale a decir que la justicia administrativa, construida en torno al esplendor del acto y de sus vicios, no puede dejar, a través de un control jurisdiccional profundo, de aproximarse a aquello que a veces se denomina, erróneamente, *mérito*.

Para nosotros, la discrecionalidad administrativa *sólo es como parece pero no parece como es* —mientras no sea adquirida, sin rodeos, su naturaleza intrínsecamente jurídica, sustantiva y procedimental, entendiendo el *fin* (ZWECK) en sentido amplio e intenso, como hace la jurisprudencia alemana. En algún lugar, por ahí, empieza a dejar de oírse el Concierto del Emperador, de Beethoven.

Al Derecho administrativo de los proletarios (intereses colectivos, normas de policía, beneficencia) lo sustituye el Derecho administrativo de los burgueses (contratación, expropiación y funcionarios): se camina ahora hacia un Derecho administrativo orientado supranacionalmente, en una especie de *Fiskuslehre* o de *jus eminens*, malgré el artículo 5.º del T.C.E.

No se defiende que el Derecho administrativo sea un producto histórico definitivamente cristalizado, pero sí que su evolución no puede hacerle perder sus características básicas como Derecho específico del poder administrativo.

En síntesis, la vocación del Derecho administrativo moderno consiste en asegurar la realización de los intereses públicos sin ceder un paso en la defensa de las posiciones jurídicas de los particulares, pero sin ceder tampoco a las visiones popperianas del Derecho administrativo.

Una concepción «pluralista» del Derecho administrativo y de sus técnicas jurídicas no puede ser utilizada para subvertir su *dimensión esencial*, como Derecho de privilegios y de garantías, como Derecho del Poder, so pena de que se imponga a la propia Administración el

neocorporativismo emergente, dejando igualmente al ciudadano desprotegido frente a poderosas organizaciones privadas.

La tarea de los constructores y reformadores del Derecho administrativo es ardua y emocionante, pero los peligros son también grandes.

El criterio orientador bien podría ser el refuerzo equilibrado de los poderes de la Administración y de las garantías de los ciudadanos frente al imperio del neocorporativismo privado o semipúblico.

En el marco más amplio y abstracto del principio de la separación de poderes, los límites al control jurisdiccional no deben ser esencialmente restrictivos, en mérito de una interpretación sustancial y rígida del referido principio (como parece apuntar la doctrina alemana), ni, al contrario, concluir que la última palabra la tiene el juez administrativo —como sustenta la doctrina inglesa. En cuanto a nosotros, estamos con aquellos que ven en el principio de separación de poderes un modelo organizativo tendencial, por lo que el problema no está en establecer abstractamente si la decisión está reservada a la Administración, como resulta de la tesis enunciada primariamente, sino si el problema debe resolverse en referencia al caso concreto. Cuando la decisión tomada por la Administración es correcta o atendible, especialmente ante la opinabilidad de la cuestión, no vemos cómo el juez pueda sustituirle.

Si a la Administración le cabrá siempre, a causa de su libertad y autonomía, el poder de emanar la decisión, ya no nos repugna que al juez le quepa la responsabilidad de elegir, de acuerdo con el paradigma normativo previamente elaborado, la norma aplicable al caso concreto, siendo cierto que, en el ámbito de la discrecionalidad, el control jurisdiccional no incide sobre el uso del poder, sino, por el contrario, sobre el contenido del ejercicio del poder administrativo, es decir, sobre el modo en que es ejercido.

No hemos intentado caminar sobre el agua o profetizar, sino tan sólo reflexionar sobre algunas de las actuales encrucijadas del Derecho administrativo.

Nos queda augurar, con SHAKESPEARE, que las limitaciones del texto puedan ser fácilmente superadas por la lucidez amable del lector, incluso porque en las palabras de un Maestro universal (GIANNINI), «*il giurista dice solo parole, non crea niente... Il mondo è mosso dagli interessi*».

## NOTA BIBLIOGRÁFICA

BERMAN, H. J., *Law and Revolution. The formation of Western Legal Tradition*, Cambridge, Massachusetts, 1983.

COHEN-TANUGI, *Le droit sans l'État (sur la démocratie en France et en Amérique)*, 3<sup>o</sup> ed., Paris, 1987.

COLAÇO ANTUNES, *O procedimento Administrativo de Avaliação de Impacto Ambiental (Para uma Tutela Preventiva do Ambiente)*, Coimbra, 1998.

COSTA, P., *Lo stato immaginario*, Milano, 1986.

EMILIOU, N., *The principle of Proportionality in European Law*, London, 1996.

FERRARA, R., «La pubblica amministrazione fra autorità e consenso: dalla 'specialità' amministrativa a un diritto amministrativo di garanzia?», en *Dir. Amm.*, n.º2, 1997.

FIORAVANTI, M., «Storia costituzionale, storia amministrativa e storia della scienza giuridica», en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n.º 13, 1984.

FREITAS DO AMARAL, «Direito Administrativo», en *Dic. Jur. Adm. Públi.*, IV, 1991.

GIACCHETTI, S., «Morte e trasfigurazione del diritto amministrativo», en *Cons. Stato*, n.º 1, 1998.

GIANNINI, M.S., «La scienza giuridica e i problemi dello Stato», en *Nuovi moti per la formazione del diritto*, Padova, 1988.

GOMES CANOTILHO, «Privatismo, associativismo e publicismo na justiça administrativa do ambiente (as incertezas do contencioso ambiental)», en *R.L.J.*, n.º 3861, 1996.

HEIDEGGER, M., *Sein und Zeit*, 1927, tr. it., Milano, 1976.

HUSSERL, G., *Recht und Zeit*, Frankfurt a.M., 1955.

KELSEN, H., *Teoria Pura do Direito*, 4.<sup>a</sup> ed., Coimbra, 1979.

KOCH, H. J., «Die normtheoretische Basis der Abwägung», en *Abwägung im Recht: Symposium und Verabschiedung von Werner Hoppe*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1996.

KTISTAKI, S., *L'Évolution du Contrôle Jurisdictionnel des Motifs de l'Acte Administratif*, Paris, 1991.

LEISNER, H., *Der Abwägungsstaat: Verhältnismäßigkeit als Gerechtigkeit*, Berlin, 1997.

LINDE PANIAGUA, *El Derecho del Poder (Una reflexión sobre el Derecho Administrativo)*, Madrid, 1999.

MEILÁN GIL, *El Proceso de la Definición del Derecho Administrativo*, Madrid, 1967.

NIETO GARCÍA, «La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo», en *R.A.P.*, n.º 76, 1975.

NIGRO, M., «Carl Schmitt e lo stato amministrativo», en *Quad. Cost.*, 3, 1986.

PAREJO ALFONSO, *Crisis y renovación en el Derecho Público*, Madrid, 1991.

PARISIO, V., *I silenzi della pubblica amministrazione (La rinuncia alla garanzia dell'atto scritto)*, Milano, 1996.

SAINZ MORENO, «Sobre el interés público y la legalidad administrativa», en *R.A.P.*, n.º 82, 1977.

SCHWARTZ, B., *Administrative Law*, 3º ed., Boston, 1991.

SÉRVULO CORREIA, «Impugnação de actos administrativos», en  *cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 16, 1999.

TASSONE, R., *Contributo sul tema de'llirregolarità degli atti amministrativi*, Torino, 1993.

VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa (Lições)*, Coimbra, 1998.

## ABREVIATURAS

C.A:	Código Administrativo
C.C:	Código Civil
C.P.A:	Código de Procedimiento Administrativo
C.P.C:	Código del Proceso Civil
C.R.P:	Constitución de la República Portuguesa
D.L.:	Decreto-Ley
E.T.A.F:	Estatuto de los Tribunales Administrativos y Fiscales
L.E.I.A.:	Ley de Evaluación de Impacto Ambiental
L.O.S.T.A.:	Ley Orgánica del Supremo Tribunal Administrativo
L.P.T.A.:	Ley de Proceso en los Tribunales Administrativos
P.D.M.:	Plan Director Municipal