

LA FORMACIÓN Y EL DESARROLLO EN EUROPA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA. SU ADQUISICIÓN DEFINITIVA DE UN STATUS DE JURISDICCIÓN PLENA Y EFECTIVA *

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Complutense de Madrid

SALUTACIÓN Y RECONOCIMIENTO.—I. LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA COMO CREACIÓN DE LA REVOLUCIÓN FRANCESA Y SU DESARROLLO Y ASENTAMIENTO INSTITUCIONAL.—II. LA IRUPCIÓN INESPERADA DEL LEGISLADOR A FINALES DEL SIGLO XX Y COMIENZOS DEL XXI PRIVANDO AL *CONSEIL D'ÉTAT* DE SU MONOPOLIO SOBRE LA EVOLUCIÓN Y PERFECCIÓN DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA. LA LEGALIZACIÓN COMPLETA DEL RÉGIMEN DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA Y LA NUEVA RECONFIGURACIÓN DEL SISTEMA.—III. LA CONVERSIÓN DE TODA LA JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA EN UNA PLENA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA, CON FACULTADES EJECUTIVAS DIRECTAS Y CON UN SISTEMA DE MEDIDAS CAUTELARES SUMAMENTE MATIZADO Y EFECTIVO.—IV. LA SIMULTANEIDAD DE UNA EVOLUCIÓN ANÁLOGA EN ALEMANIA, PORTUGAL, ITALIA Y ESPAÑA. LA SUPERACIÓN DEL VIEJO STATUS DE «ADMINISTRADO» PASIVO DEL CIUDADANO Y LA ENTREGA A ÉSTE DE PODERES EFECTIVOS DE CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN. EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO DERECHO CONSTITUCIONAL «CONCRETIZADO» EN ALEMANIA Y SU IRUPCIÓN EN 1961. LA NUEVA JUSTICIA ADMINISTRATIVA EDIFICADA SOBRE EL PRINCIPIO DE LIBERTAD.

RESUMEN

La jurisdicción contencioso-administrativa surge con la Revolución Francesa como algo completamente novedoso, cuyas raíces no estaban en los grandes fundamentos históricos en que hasta entonces había arraigado todo el Derecho europeo. Originariamente careció de las características que hoy tiene y que hacen de ella una jurisdicción plena y efectiva. El presente trabajo analiza cómo, de manera simultánea, países como Francia, Alemania, Italia, Portugal y España, a través de sus legislaciones nacionales, han fortalecido su jurisdicción contencioso-administrativa otorgando al juez facultades directas de ejecución forzosa de sus sentencias y amplios poderes para graduar y hasta excluir la ejecutoriedad autoritaria de los actos administrativos. Con ello, el ciudadano ha superado definitivamente su viejo *status* de administrado pasivo y ha alcanzado la condición de ciudadano que controla a la Administración pública y que es capaz de contender con ella con igualdad de armas.

Palabras clave: jurisdicción contencioso-administrativa; división de poderes; sometimiento de la Administración a la Ley; Consejo de Estado francés; recurso de anulación; ejecución de sentencias; medidas cautelares.

ABSTRACT

Contentious-administrative law arose with the French Revolution as something completely different. It had no roots in the great historic strands of European law as it stood at the time. Nor did it originally have the characteristics it has today, which give it full, effective jurisdiction. This article

* Texto del discurso pronunciado en la Universidad de Oporto el día 15 de mayo de 2009 al recibir el doctorado *honoris causa* de la misma.

analyses how national legislatures in countries such as France, Germany, Italy, Portugal and Spain, simultaneously strengthened the role of contentious-administrative jurisdiction, investing judges with direct powers to enforce their rulings and broad-ranging faculties to graduate and even exclude the automatic authority of acts by the government administration to be executed. These changes have altered citizens' previous status as passive administrates and given them some control over the government administration, with the capacity to contend with it on an equal footing.

Key words: contentious-administrative jurisdiction; division of powers; subjection of the government administration to the law; French Council of State; appeal for annulment; enforcement of rulings; cautionary measures.

I

La justicia administrativa fue una más de las grandes innovaciones institucionales introducidas por la Revolución Francesa, que, como tantas otras, fue perfilada y puesta a punto por su principal ejecutor testamentario, Napoleón Bonaparte.

Fue una creación jurídica enteramente nueva, que carecía de raíces en los grandes fundamentos históricos en que hasta entonces se había arraigado todo el Derecho europeo (Derecho Romano, Derecho Germánico, Derecho Canónico, *ius commune* medieval o moderno, el *common law*, el Derecho Natural y de Gentes). Surge súbitamente en la Revolución Francesa en el mismo año 1789, se afirma y madura a lo largo del siglo XIX y conoce un espectacular despliegue durante todo el XX, para aparecer ahora, recién inaugurado el siglo XXI, tras las reformas generalizadas en el último cambio de siglo, como una pieza central e inexcusable del orden democrático sustantivo, lo que se ha convenido en llamar Estado de Derecho.

La justicia administrativa aparece de forma súbita como algo completamente novedoso que pone en pie la Revolución Francesa para intentar hacer real, con una sorprendente lucidez y resolución, uno de los principios básicos formulados por LOCKE y por ROUSSEAU, «poner a la Ley por encima del hombre». Nadie puede ejercer el poder en una sociedad de hombres libres si no es en virtud de la Ley. ROUSSEAU dijo, de forma categórica:

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

Y concluye ROUSSEAU este pasaje capital de sus *Lettres écrites de la Montagne*:

«Un pueblo es libre, sea cual sea la forma de su gobierno, cuando en quien le gobierna no ve al hombre, sino al órgano de la Ley. En una palabra, la libertad sigue siempre la suerte de las Leyes, reina o perece con ellas; yo no sé nada que sea más cierto».

Esta idea esencial pasará a la capital Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, con la que se inaugura la obra jurídica de la Revolución Francesa. El artículo 5.º de esta Declaración proclama:

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

Y en el artículo 7.º, a propósito del poder punitivo, establece el principio básico de que

«nadie puede ser juzgado ni condenado más que en los casos determinados por la Ley y según las formas que ella prescribe» (es el básico principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, que aparece en el iluminismo italiano y que deslumbra a todos los juristas de la Ilustración),

para concluir:

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

Todos estos principios producen el impresionante fenómeno histórico, completamente decisivo para entrar en la modernidad, de la legalización general del poder y de la obediencia, lo que será llamado expresivamente **«el reino de la Ley»** (expresión que se inscribirá en las primeras monedas revolucionarias en sustitución de los perfiles de los reyes que hasta entonces habían ilustrado mayestáticamente esos valiosos y significativos objetos).

Toda la tradición que había precedido ese momento revolucionario consideraba al aparato administrativo como un simple instrumento personal del monarca, el cual monopolizaba además el poder legislativo, aunque él mismo se proclamase *legibus solutus*, absuelto, libre de la Ley, que él sí podía utilizar para quebrantar derechos anteriores y otorgar exenciones, para crear nuevo Derecho, sin límites jurídicos efectivos.

La Revolución opera así uno de sus capitales cambios en el sistema

jurídico: la Ley deja de ser un simple *instrumentum regni*, con el que el Príncipe podía quebrantar cualquier derecho de sus súbditos, según se había entendido hasta entonces, y pasa a ser ahora precisamente el instrumento que define y delimita la extensión y el contenido del propio poder real o del ejecutivo, en la nueva terminología impuesta por la implantación del principio de la división de poderes que había teorizado MONTESQUIEU unos años antes. La Administración va a pasar ahora a ser, en virtud también de ese capital principio de división de los poderes que convirtió en Ley el artículo 16 de la misma Declaración de Derechos del Hombre, una organización llamada a la ejecución de la Ley, la cual previamente ha determinado su organización, su competencia, los objetivos de su actuación, los límites concretos de todo su poder.

Este sometimiento de la Administración a la Ley para ser efectivo necesitará de una garantía eficaz. El propio ROUSSEAU, después de haber proclamado, como ya hemos visto, el principio básico de sometimiento de toda la actuación del Estado a la legalidad, añade:

«no habrá libertad en un Estado en el que el cuerpo encargado de aplicar la Ley tuviese derecho a hacerla hablar según sus fantasías, pues podría ejecutar como Leyes sus voluntades más tiránicas».

Por ello, la Declaración de Derechos de 1789, que inaugura brillantemente la obra jurídica de la Revolución Francesa, en su artículo 15 se ve obligada a establecer rotundamente el capital principio de la responsabilidad política y personal de todos cuantos ejerciesen un poder político, en estos términos:

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

El artículo 16 de la Declaración destaca el carácter esencial del principio (subrayando su significación al equipararle con el dogmático y capital principio de división de los poderes):

«Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no haya sido asegurada ni la separación de poderes establecida no tiene Constitución».

Ese aseguramiento o garantía efectiva de los derechos exige, pues, una «dación de cuenta» de los agentes, lo que hace que éstos dejen de

ser en adelante propietarios de sus oficios, como ocurría en el Antiguo Régimen. Pasarán a ser ahora, como explicó LOCKE, *trustees*, ligados por un *trust* o relación de confianza con el pueblo, ante el cual deberán responder (la palabra «responsabilidad» surge con ese sentido de dación de cuenta justo en el momento mismo de la Revolución, en todas las lenguas).

Esos agentes pasarán a ser, en lugar de propietarios de sus oficios, servidores de los ciudadanos y responsables ante ellos, cambio sustancial.

El artículo 15 de la propia Declaración de Derechos del Hombre de 1789 destaca con energía:

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

Ese «pedir cuentas» será lo que se llamará a partir de ahora *responsabilidad*, término que surge justamente en este preciso momento histórico en todas las lenguas europeas¹.

En la Constitución de 1791, la primera de los revolucionarios franceses, el artículo 4.º, Sección 2.ª, Capítulo IV, Título IV (esta Constitución no enumera sucesivamente su articulado, sino independientemente en cada una de sus partes), dice:

«Pertenece al poder legislativo [esto es, a la Ley] determinar las reglas y el modo en que los administradores ejercen sus funciones».

Y en el artículo 3.º, Sección Primera, Capítulo II, Título III:

«No hay en Francia autoridad superior a la de la Ley. El Rey no reina más que por ella y sólo en nombre de la Ley puede exigir la obediencia».

Se hace aquí visible el momento fundacional del moderno Derecho Público, fundamentado en la resuelta extensión de la Ley no ya sólo a la organización de la Administración (que eso ya lo había hecho

¹ Cfr. mi libro *La Lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, 3.ª ed., Madrid, 2009, págs. 165 y ss., y allí citados. La palabra *responsabilidad* en su sentido de «dación de cuenta» aparece por vez primera en un texto revolucionario norteamericano de 1776; en francés en 1787, y, por cierto, en España ya se incluye en el Diccionario de TERREROS, que se publica en 1787-88, pero que se había concluido, según parece, en 1786; remito sobre ello a mi libro citado.

el Antiguo Régimen), sino, y sobre todo, al contenido entero de su competencia y de todas las formas de ejercicio del poder que ejerce.

Aunque la propia Constitución ha previsto una sanción penal a la inobservancia por los administradores de esa vinculación a la Ley (art. 8 de la misma Sección 3.^a del Capítulo 4.^o, dedicada a la Administración interior), lo más característico va a ser lo que el artículo 5.^o de la misma Sección y Capítulo establece en favor del Rey como poder formal:

«el derecho de anular los actos de las Administraciones de Departamento contrarios a las Leyes y a las órdenes que el propio Rey les haya dirigido».

Esa anulación no podía confiarse en este momento al poder judicial porque estaba ya establecido el capital *principio revolucionario de separación entre la Administración y la Justicia* con anterioridad a la Constitución, por la básica Ley de 16-24 de agosto de 1790², que marcará todo el sistema político francés hasta hoy mismo, y que dispuso:

«Los Tribunales no pueden inmiscuirse en el ejercicio del Poder Legislativo o suspender la ejecución de las Leyes, ni intervenir [troubler, molestar] sobre las funciones administrativas o citar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones».

Este criterio está ya recogido en el propio texto constitucional de 1791 (en particular: art. 3 del Capítulo V), lo que determinará que la Constitución tenga que definir como una facultad explícita atribuida al mismo poder ejecutivo —no, pues, a los jueces— la de *anular los actos de la Administración «contrarios a la Ley o a las órdenes que la autoridad de ese Poder, el Rey [con el Gobierno], les hubiera dirigido».*

El artículo 5 de la misma Sección II, «de la Administración interior», del Capítulo IV («del ejercicio del Poder ejecutivo»), estableció por ello:

² En realidad, esta Ley venía ya exigida por la Administración del Antiguo Régimen. VIVIEN, en sus *Etudes administratives*, 3.^a ed., París, 1845, pág. 20, dice: «El primer cuidado de la Asamblea Constituyente en el momento en que ella misma fundaba el régimen nuevo» fue declarar que «las funciones judiciales son distintas y deberán permanecer siempre separadas de las funciones administrativas», y decidió que «los jueces no podrán, bajo pena de prevaricación, molestar [troubler] de cualquier manera las operaciones de los cuerpos administrativos ni citar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones», Ley que no sólo ha sido mantenida en vigor hasta hoy mismo, sino que el *Conseil Constitutionnel* de la V República la ha reconocido de rango constitucional en fechas aún recientes. Hoy, por cierto, como veremos más adelante, esta Ley, que jugó, como veremos, un papel esencial en la construcción del sistema contencioso-administrativo, ha sido luego «desenganchada» del carro constitucional y hay que considerarla ya como, simplemente, derogada.

«El Rey tiene el derecho de anular los actos de los administradores de Departamento contrarios a las Leyes»,

poder que se atribuye igualmente a la Administración central respecto de las Administraciones de distrito (art. 5), y a estas últimas sobre los actos de los «subadministradores de distrito» o municipales. Aquí está el primer esbozo de una jurisdicción contencioso-administrativa, jurisdicción, evidentemente, «retenida» en las manos de la propia Administración, al no ser posible ya que este control pudiese ser ejercido por el poder judicial.

Esta jurisdicción, sin embargo, no se formalizará como tal hasta la primera Constitución napoleónica, la del año VIII, que crea en el artículo 52 un *Conseil d'État*, Consejo de Estado al que se encomienda redactar los proyectos de Ley y los reglamentos de Administración pública y «*resolver las dificultades que surjan en materia administrativa*». Es esta última función la que va a hacer del Consejo de Estado, desde ese mismo momento hasta hoy mismo, la pieza esencial que configura para varios siglos el sistema francés de justicia administrativa, que marca el origen del sistema contencioso-administrativo, como comenzará a precisar el Reglamento de ese órgano de 26 de noviembre de 1799, cuyo artículo 72 establece el básico principio de responsabilidad de los ministros por los actos que adopten «*si son contrarios a la Constitución, a las Leyes y a los Reglamentos*», según la básica concepción revolucionaria del principio del sometimiento de los actos a la estricta legalidad.

En desarrollo de esos principios, la Ley napoleónica de 28 pluvioso del año VIII reguló los órganos administrativos a los que se va a encomendar el conocimiento de los recursos contra los posibles actos de la Administración, que la ya mencionada Ley de separación entre la Administración y la Justicia había excluido que pudiesen ser órganos judiciales formalmente tales. Estos dos órganos administrativos serán el *Conseil d'État* para los actos de las autoridades centrales de la Administración, y los Consejos de Prefectura para los actos emanados de las autoridades del departamento o provincia, autoridades estas últimas que tenían ya atribuida la facultad de controlar también los actos de los municipios y *arrondissements*; por otra parte, las decisiones de los Consejos de Prefectura serían, a su vez, apelables ante el Consejo de Estado, el cual aseguraba así un control plenario y efectivo sobre todos los actos de la Administración, manteniendo la unidad de la interpretación y aplicación de las Leyes. Es la primera piedra de la formidable construcción histórica que ha sido la jurisdicción contencioso-administrativa y aun del Derecho Administrativo mismo, surgido como un subproducto, una consecuencia de tal jurisdicción.

En 1806 se organiza ya en el seno del Consejo de Estado una *Commission du contentieux* y se dictan las primera normas de procedimiento para estos asuntos, que quedan ya orgánicamente separadas de las funciones consultivas que eran propias del Consejo en la materia administrativa general, como ha continuado hasta hoy.

Se especializan así en el seno de los órganos consultivos los que asumirán la materia contencioso-administrativa. Es el sistema llamado *de la justicia retenida*, puesto que la decisión final correspondía al Emperador oyendo al Consejo de Estado. Desaparecidos en 1870 los dos Imperios, se atribuirá en 1872 el poder de decisión al Consejo de Estado mismo, que actuará a partir de ahora como *jurisdicción delegada*, asumiendo por sí solo, pues, la responsabilidad entera de la decisión. La notable calidad de la jurisprudencia de este órgano técnico da lugar a una doctrina nueva, a la que se llamará justamente Derecho Administrativo, articulada sobre el principio básico de la sujeción de la Administración a la Ley, Derecho que se desarrolla teóricamente ya desde los comienzos del siglo XIX. Este ordenamiento singularizado alcanza su culminación al jurisdiccionalizarse enteramente el Consejo de Estado en 1872 (sin perjuicio de mantener separada la función consultiva a la que debe su nombre). Lo que, como ya indicamos, dio lugar al sistema de *jurisdicción delegada o independiente*. El comentario y sistematización de esta jurisprudencia, cada vez más motivada y sutil, da contenido y rigor institucional al Derecho Administrativo, nueva rama del Derecho que conocerá un perfeccionamiento y depuración sucesivos hasta hoy mismo. En el origen, este sistema estructura y da sentido a los criterios que la jurisprudencia del Consejo de Estado va depurando, cada vez con una sustancia institucional más firme y elaborada.

La justicia administrativa acierta así a poner en pie un sistema jurídico que carecía de precedentes en la larga evolución de los sistemas políticos y jurídicos europeos y que terminará caracterizándose, como hoy se reconoce ya universalmente, como una pieza esencial del actual Estado de Derecho.

De este sistema de justicia administrativa destacará resueltamente el llamado recurso de anulación, creación nueva enteramente jurisprudencial. El Consejo de Estado comienza a admitir recursos en los que se reprocha a la Administración una actuación groseramente ilegal en sus fundamentos, aunque el recurrente no exhiba un verdadero derecho en la materia. La calidad administrativa del Consejo de Estado le hace sensible a lo que podría considerarse como una mera denuncia de una actuación completamente irregular, de «orden público», como se dirá en España en el momento de su temprana recepción con el mismo sistema de atribuir el papel central a la misma pieza esencial

del Consejo de Estado, creado a esos fines. Terminará por exigirse en Francia al recurrente una *qualité pour agir* o legitimación, que es un interés en el recurrente, interés que se concibe ahora como mera «exigencia de seriedad», y que no tendrá en el fallo del proceso ninguna transcendencia (incluso si el recurrente hubiese desistido del recurso tras haber puesto en marcha el proceso, éste continúa hasta el fallo), dando lugar así a un recurso que será calificado de «objetivo», en el que el recurrente, dirá aún HAURIUO ya entrado el siglo XX, actúa al modo de un Ministerio Fiscal. En Francia, la consagración de un sistema de jurisdicción contencioso-administrativo delegada, esto es, decidiendo el Consejo de Estado ejecutoriamente por propia autoridad, y tras un corto período de tiempo de interrupción en 1849, con la II República, tiene lugar con la Ley de 5 de mayo de 1872, fecha a partir de la cual el desarrollo del sistema será esencialmente jurisprudencial hasta prácticamente finales del siglo XX, como veremos.

La depuración constante de esta jurisprudencia, matizada y perfeccionada por un Consejo de Estado objeto de un culto y una admiración sin reservas, hizo del sistema contencioso-administrativo francés, y dentro de él al recurso de anulación, el paradigma mismo de la excelencia. En 1929, la gran autoridad de Gaston JÈZE decía: «*el excès de pouvoir es la más maravillosa creación de los juristas, el arma más eficaz, la más práctica que existe en el mundo para defender libertades*», juicio repetido y desarrollado por las sucesivas generaciones de especialistas y de expertos, sin excepción.

II

Pero he aquí que, de una manera súbita e inesperada, el legislador francés irrumpe resueltamente a finales del siglo XX y comienzos del XXI en el sistema contencioso-administrativo, rompiendo, por de pronto, la tradición de dejar su perfeccionamiento, como venía ocurriendo desde hacía dos siglos, a la *sage lenteur*, la sabia lentitud, de la jurisprudencia del Consejo de Estado, que avanzaba parsimoniosamente, por pasos medidos, para pulir cuidadosamente, con una complacencia casi estética, los rasgos de una institución que se tenía por la perfección misma, respetada, admirada y amada por jueces, profesores, justiciables y políticos, así como envidiada por la generalidad de los Estados europeos.

Abruptamente, he aquí que esa creación jurisprudencial tan bien construída y admirada va a ser ahora abiertamente desautorizada por un legislador que irrumpe inesperadamente para privar, por de pron-

to, al Consejo de Estado del monopolio con que venía dirigiendo y perfeccionando la configuración de la pieza clave del sistema, el recurso de anulación, que era su carácter puramente declarativo, en el que se quintaesenciaban y sublimaban limitaciones procedentes de los mismos dogmas revolucionarios primigenios. Las Leyes de 1980 y de 8 de febrero de 1995, más tarde sistematizadas y completadas por otras Leyes de 4 de mayo y 30 de junio de 2000, ordenadas luego en un espectacular y novedoso *Código de la Justicia Administrativa*, han supuesto, por de pronto, la privación al Consejo de Estado de su protagonismo virtualmente exclusivo sobre la justicia administrativa, procediéndose a una insólita codificación total, absolutamente novedosa, de toda la materia contencioso-administrativa.

Pues no se ha tratado de una mera sistematización en una Ley de las creaciones jurisprudenciales de la materia, tan cuidadosamente depurada por el Consejo de Estado, sino de *una modificación absolutamente esencial del sistema* mismo construido por éste, en dos puntos capitales del mismo, *hasta el punto de hacer de él, a partir de ahora, un sistema enteramente nuevo*. Esos dos extremos objeto de una transformación sustancial han sido la tutela cautelar, que ha experimentado un desarrollo desconocido en cualquier otro sistema legal europeo (con la reserva del sistema alemán, al que luego nos referiremos con más detalle), y, sobre todo, el valor de las sentencias estimatorias de los recursos contencioso-administrativos, atribuyendo en este momento íntegra ahora a la propia jurisdicción contencioso-administrativa un poder jurisdiccional plenario, en la misma medida de que disponen todas las jurisdicciones ordinarias y del que hasta ahora carecía radicalmente, por virtud del principio básico de la «separación» entre la Administración y la justicia, que afectaba, por supuesto, a la propia jurisdicción contencioso-administrativa, la de ejecución forzosa de sus propias sentencias, tanto sobre la Administración misma como sobre los administrados afectados por ellas. Se ha puesto así fin espectacularmente a una serie de principios y criterios que habían venido considerándose durante sus casi dos siglos de existencia como esenciales a la jurisdicción contencioso-administrativa y al mismo Derecho Administrativo, para establecer ahora una paridad virtualmente absoluta entre esta jurisdicción y las demás jurisdicciones ordinarias. *Es, sin duda, la mayor transformación que la jurisdicción contencioso-administrativa ha experimentado en Francia hasta ahora desde sus mismos orígenes*. Toda ella ha pasado a ser ahora *una jurisdicción plenaria y efectiva*, con el abandono resuelto de su reducción al solo plano declarativo y el explícito reconocimiento de su posibilidad de ejecutar forzosamente sus sentencias frente a una Adminis-

tración o unos administrados renuentes. La vieja regla impuesta por la Revolución de la inmunidad de la Administración respecto de los jueces, que ha durado más de dos siglos, como hemos visto, y que se consideraba hasta ahora de rango constitucional, ha desaparecido pura y simplemente.

III

Toda esa cuidadosa construcción, obra predilecta de la jurisprudencia del Consejo de Estado, con su *sage lenteur*, su sabia lentitud, que avanzaba parsimoniosamente por pasos medidos, con una complacencia casi estética, admirada, elogiada y amada por políticos, justiciables, profesores y jueces, todo ese impresionante edificio, cuando apenas si existía una crítica de alguna entidad contra el mismo, acaba de ser desautorizado, en efecto, por un legislador que ha irrumpido inesperadamente en la materia, poniendo fin así al protagonismo prácticamente exclusivo del Consejo de Estado sobre esa nueva especie de justicia que él había imaginado, configurado y perfeccionando paciente y sabiamente durante casi dos siglos completos.

Inesperadamente, súbitamente, ha irrumpido, pues, el legislador, en efecto, en los años finales del siglo XX y comienzos del XXI para cambiar enteramente el sistema contencioso-administrativo francés.

A partir de las Leyes francesas de 16 de julio de 1980 y de 8 de febrero de 1995, culminadas en un Código de Justicia Administrativa aprobado por la Ordenanza de 4 de mayo de 2000, y su Reglamento por el Decreto de la misma fecha, en efecto, se reconfigura resueltamente el sistema, un sistema hasta ahora entregado en exclusiva al Consejo de Estado, poniendo así fin de una manera espectacular al monopolio que éste ha mantenido durante dos siglos de la responsabilidad de su concepción y de su desarrollo. Se ha aprobado como Ley y como Decreto de desarrollo un insólito *Code de Justice Administrative*, que es una legalización completa y absoluta de toda la extensión y funcionamiento de esa justicia, por cierto con una precisión y un detalle como no existen hoy probablemente otros en ningún otro Estado. Lo más significativo, sin embargo, no es el hecho mismo de esa codificación, con un pormenor y una extensión desconocidos en cualquier otro Derecho positivo, sino el hecho simple de que ese nuevo Código se haya hecho no como una sistematización de la venerada jurisprudencia del Consejo de Estado, su creador exclusivo hasta ahora, sino introduciendo en el sistema un cambio absoluto de los principios básicos sentados por esa jurisprudencia a lo largo de sus dos siglos de existencia. Simplemente

dicho, *esta innovación legislativa cambia radicalmente los principios mismos del sistema contencioso-administrativo francés*, convirtiendo ahora a sus Tribunales específicos en unos Tribunales judiciales plenarios, como se hace visible sobre todo en dos terrenos completamente nuevos, la competencia plena para ejecutar sus propias sentencias, hasta ahora puramente declarativas, como sabemos, haciéndonos, pues, *Tribunales de plena jurisdicción*, en la propia terminología francesa, y la disponibilidad de un *sistema extraordinariamente rico y matizado de medidas cautelares*, que han venido a poner fin al carácter básico y central del principio de ejecutoriedad de las decisiones de la Administración, en cuanto autoridad superior respetada, no afectada hasta ahora, salvo en excepciones muy señaladas y resultantemente limitadas.

Destaca, con toda evidencia, la conversión de la jurisdicción contencioso-administrativa en una jurisdicción «plena», según la categoría de la bien asentada doctrina procesal francesa. El viejo principio de «separación» entre la Administración y los Tribunales, no obstante su énfasis y su papel central en el origen y en la configuración del contencioso-administrativo francés, e incluso su rango constitucional reconocido por el *Conseil Constitutionnel* ya bajo la V República, ha desaparecido, simplemente. Hoy *los poderes del juez contencioso-administrativo respecto de la Administración como parte en el proceso han pasado a ser exactamente los mismos que los que tiene el juez ordinario en las actuaciones procesales civiles, laborales o penales sobre los ciudadanos ordinarios: el juez contencioso-administrativo ha dejado de ser, pues, un juez limitado y menor*, como, no obstante todo el énfasis puesto en la sutileza y rigor de la doctrina del Consejo de Estado, apoyada en el viejo principio revolucionario de la «separación» entre la Administración y los Tribunales, como había venido ocurriendo hasta ahora.

Hay que notar que esta radical transformación del sistema jurisdiccional contencioso-administrativo ha tenido lugar también en otros sistemas europeos, y por las mismas fechas, por cierto, como si obedeciese a un verdadero acuerdo comunitario o internacional (que no ha existido, desde luego), o al menos a una conciencia común y aguda en toda Europa sobre la necesidad de acabar de golpe con todas las convencionales e históricas limitaciones que atenazaban una jurisdicción que ha dejado con ello de ser un cuadro teórico y exquisito que no afectaba de manera sustancial al papel manifiestamente prepotente con que se configuró la Administración surgida de la Revolución Francesa, la cual debía seguir «separada» también de la justicia administrativa por su propia y enaltecida esencia de poder.

El juez contencioso-administrativo ha dejado así de ser un juez limitado y menor, como había ocurrido hasta ahora, no obstante el énfasis puesto en la sutileza y rigor de su jurisprudencia, para *adquirir desde ahora la integridad de los poderes de cualquier otro juez sobre sus justiciables*. Es una modificación absolutamente sustancial —que, por cierto, ha venido a coincidir, como si de un misterioso «espíritu del tiempo» se tratase, con transformaciones análogas en las jurisdicciones contencioso-administrativas de otros Estados europeos, España entre ellos.

Finalmente, una tercera Ley, la de 30 de junio de 2000, incluyó en el Código de la Justicia Administrativa una regulación completa y circunstanciada de las medidas cautelares que la jurisdicción es ahora capaz de imponer a la Administración demandada, rompiendo con ello otro de los dogmas convencionales del anterior sistema, el de la inexorable ejecutividad de sus actos, como propios de un verdadero poder público frente al cual el ciudadano habría de tener siempre una posición jurídica subordinada y menor.

Hoy la posición del ciudadano discrepante ha dejado de ser una simple tolerancia para pasar a ser la del titular de un verdadero derecho subjetivo a una justicia efectiva, *en los términos del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que exige, también en la esfera contencioso-administrativa, una tutela efectiva, en «igualdad de armas» procesales con la Administración, sin que con la misma pueda producirse indefensión alguna, «con todas las garantías», como dice expresamente dicho precepto, aplicable según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a la materia contencioso-administrativa, con alguna limitada excepción*. De este modo, el nuevo Código de Justicia Administrativa ha pasado a contener *una regulación pormenorizada de la tutela cautelar ejercitable contra la Administración, de manera realmente espectacular, hasta el punto de que un autor cualificado como René CHAPUS ha podido decir recientemente nada menos que esta materia de las medidas cautelares «domina a partir de ahora el Estado de Derecho», sin duda porque ha venido a reconfigurar los papeles que dentro de ese Estado corresponden a la Administración y al juez contencioso-administrativo, que a partir de ahora ha pasado a ser un juez plenario y verdadero*.

IV

No tendría interés intentar exponer ahora las soluciones (por cierto, virtualmente análogas a las que en el mismo momento del cambio

del siglo XX-XXI han llegado a otros países europeos, Alemania, Portugal, Italia, España), sin que ningún convenio o decisión comunitarios o de otro carácter les obligase a ello. Como en pocas ocasiones, el «espíritu del tiempo» parece haber obrado por sí solo para que los Estados democráticos europeos viniesen a coincidir en soluciones similares de fortalecimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa, especialmente en cuanto a la superación definitiva del carácter meramente declarativo de sus sentencias, reconociendo ahora a sus Tribunales por primera vez las mismas facultades de imponer y controlar la ejecución forzosa, así como un poder nuevo de graduar y hasta excluir la ejecutoriedad autoritaria de los actos administrativos mediante un matizadísimo sistema de medidas cautelares.

En Alemania ello tuvo lugar ya con su premonitoria Ley de la Jurisdicción Administrativa de 21 de enero de 1960 (modificada parcialmente en 1991 y 2008), la cual se limitó a prescribir que para la ejecución de las sentencias contencioso-administrativas serían de aplicación, simplemente, lo dispuesto para la ejecución de las sentencias civiles por su Ley de Enjuiciamiento Civil (parágrafo 123, apartado 3, de la *Verwaltungsgerichtsordnung* de 21 de enero de 1960, mantenido en su versión actual de 19 de mayo de 1991). Lo mismo, justamente, en lo referente a la generalización de las medidas cautelares (parágrafo 123, apartado 33, de la misma Ley).

Debe subrayarse en todo caso *la primacía que el Derecho portugués*, aunque inspirado en ese precedente alemán, *ha ganado con toda justicia en esta capital corriente europea última*, con su importante *Código de los Tribunales Administrativos*, aprobado por la Ley 15/2002, que sistematiza y ordena una corriente innovativa que se remonta a 1985 y que continuaron varias Leyes y Decretos-Leyes posteriores.

Me permitiré recordar que yo mismo tuve el honor de comentar en las páginas de nuestra REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (ya sexagenaria, por cierto, y permítanme decir que es uno de los orgullos en el que suele complacerse nuestro administrativismo actual, que nació justamente con ella). Concretamente en su número 162, de diciembre de 2003, con el título de «El nuevo Código portugués del proceso de los Tribunales Administrativos», comenté esa importante innovación legislativa portuguesa, con la traducción íntegra del texto de este importantísimo Código, que realizaron dos Profesores de la Universidad de Vigo, tan cercanos a todas las novedades jurídicas portuguesas, Pablo MENÉNDEZ y Patricia VALCÁRCEL [por cierto, aquí presentes hoy].

En Inglaterra ello está siendo el resultado de su capital *Human Rights Act* de 1998, con vigencia plena a partir del principio del año 2000, que ha convertido en norma interna la totalidad del Convenio Eu-

ropeo de Derechos Humanos, con su capital artículo 6.º, al que ya nos hemos referido³.

En fin, en España la *Constitución de 1978*, artículo 106.1, incluyó a los Tribunales contencioso-administrativos en el género común de *Tribunales*, a los cuales compete «juzgar y ejecutar lo juzgado» (art. 117.3), lo que ha determinado que nuestra Ley vigente de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998, artículo 103.1, establezca con naturalidad (corrigiendo la anterior situación de sus Tribunales) que «*la potestad de hacer ejecutar las sentencias y demás resoluciones judiciales corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales de este orden jurisdiccional*», previéndose incluso que es también facultad del órgano jurisdiccional decidir las fórmulas compensatorias que procedan en caso de «imposibilidad material o legal de ejecutar una sentencia» (arts. 105 y ss.).

El ciudadano ha ganado con este paso decisivo la *superación definitiva de su viejo status de «administrado» pasivo* frente a una Administración superior, de cualidad más alta, armada de sus tradicionales y abusivos —en el terreno de la justicia— privilegios de poder público. *El sistema de la justicia administrativa ha venido así a elevar su rango de ciudadano*, al ser ya capaz de contender «con igualdad de armas» con la vieja Administración heredera directa del Rey absoluto.

Los derechos que el ciudadano ostenta en la compleja sociedad actual, derechos hoy enriquecidos por el sustancial de no poder ser afectada en los intereses materiales y morales de su existencia, sobre los que se fundamenta su esencial posición jurídica de hombre libre e independiente, si no es en virtud de una Ley, han quedado sustancialmente elevados. Hoy *el juez contencioso tiene la obligación estricta de tutelar en su plenitud ese espacio sustancial de libertad*, sólo desde el cual puede el hombre de hoy ser capaz de construir y proteger una vida personal primaria, en su integridad.

La evolución ha conducido, pues, a la conquista definitiva de una jurisdicción plenaria y efectiva para garantizar de manera completa y plena, por primera vez en la historia, los derechos y libertades de los ciudadanos frente a una Administración que había acertado a mantenerse en una inmunidad sustancial última en virtud de viejos y convencionales mitos cuidadosamente presentados como supuestamente derivados de «la naturaleza de las cosas», y que escondían, sim-

³ Baste notar, aunque sea una simple alusión, que esa revolucionaria innovación está suponiendo la rectificación en bloque de su tradicional sistema de *Administrative Justice*, que, partiendo del principio básico del *common law* que exige un derecho subjetivo para cada tipo de acción, había dado lugar a ¡más de dos mil! *Administrative Tribunals*, verdadera reducción al absurdo del sistema.

plemente, la conveniencia práctica de los administradores y su orgullo de titulares efectivos de un verdadero poder público, frente a una ciudadanía de menor rango, a la que correspondía, sobre todo, obedecer.

V

Hemos visto cómo sobre la temprana iniciativa alemana, que es la primera en dar el paso esencial, y, por cierto nada más normalizada su condición de Estado tras la ocupación militar de que fue objeto durante varios años después de la segunda guerra mundial (no resulta arriesgado suponer que se trata de una deliberada rectificación de la condición absolutamente sometida en que los ciudadanos habían sido situados bajo el régimen nacionalsocialista), ha terminado por generalizarse en todos los grandes Estados europeos la formidable revolución que ha supuesto la superación resuelta y sistemática del estrechísimo molde que resultaban para los ciudadanos de la limitación de las posibilidades de reacción contra las decisiones autoritarias de la Administración en su diaria actuación. Pues resultaba, en efecto, que el tan enaltecido y admirado sistema francés de lo contencioso-administrativo, primero, no era una verdadera protección jurisdiccional, nada menos, pues debía moverse sin afectar al fundamental principio de que los Tribunales no podían interferir, y *ni siquiera* «molestar» [*«troubler»*], el funcionamiento de la Administración (regla declarada de rango constitucional por la jurisdicción constitucional francesa, ella sí una verdadera jurisdicción, aunque también todavía afectada por limitaciones sumamente graves, aunque no sea ésta la ocasión de comentarlas), y además porque resultaba que sus decisiones carecían de verdadera «fuerza ejecutiva», pues ese mismo principio de «separación» impedía radicalmente su ejecución forzosa, que quedaba así confiada a la pura benevolencia (en estricto sentido) de la propia Administración y de sus agentes, técnicamente superiores tanto a los ciudadanos como a los jueces.

La reconstrucción como una verdadera jurisdicción contencioso-administrativa, no sometida a la paradójica condición de carecer totalmente de la potestad de poder *ejecutar* sus propias sentencias y de tener que respetar la regla revolucionaria básica de la «separación» entre la Administración y la Justicia, tuvo que ser realizada, al margen de su fuente originaria en el mítico contencioso-administrativo francés, justamente por Alemania en la temprana fecha de 1961, cuando había asumido con resolución y clarividencia bien marcadas la constitución de un verdadero Estado material de Derecho y estableció la primera *Ver-*

waltungsgerichtsordnung. De ahí la simplicidad y resolución con que abandonó y corrigió las extrañas y malignas reglas de la «separación» entre la Administración y los tribunales y de la privación virtual a los jueces contencioso-administrativos del poder de ejecutar sus sentencias y la competencia de protección cautelar a las pretensiones de los ciudadanos. En efecto, como hemos visto, el legislador alemán rompió con resolución y simplicidad con esas dos gravísimas limitaciones y constituyó así el nuevo modelo de justicia administrativa integral y efectiva, con el poder íntegro de ejecutar y hacer cumplir sus propias sentencias y con la disponibilidad plena de disponer de la misma panoplia de medidas cautelares que los jueces civiles contra una Administración por tradición altiva y todopoderosa.

La innovación resulta decisiva, pues esos dos grandes poderes del juez le fueron entregados en su plenitud, haciendo aplicables al juez contencioso-administrativo la integridad de los poderes de que dispone el juez civil —o laboral, o penal— sobre quienes son partes procesales en sus procesos propios.

Como ya sabemos, esa capital innovación alemana ha concluido por ser recibida por los demás Estados europeos, comenzando por Francia misma, que articuló y perfeccionó el sistema contencioso-administrativo de los siglos XIX y XX, *iniciando con ello una época nueva de la Administración, como un poder propio de un verdadero Estado Constitucional de Derecho*. El modelo se ha extendido en su totalidad, sin perjuicio de que en España y en algún otro país (no en Portugal, ciertamente) necesitemos aún urgentemente una recepción más efectiva y operativa del paradigma inequívoco del nuevo modelo del Derecho Administrativo efectivamente constitucionalizado y plenario.

Los ciudadanos europeos se encuentran hoy con un formidable poder de control sobre el aparato y las decisiones de la Administración, poder que ha subrayado así la plenitud de la posición en que hoy han alcanzado a ser situados como sujetos primordiales del actual Estado de Derecho, edificado definitivamente sobre el principio de la libertad efectiva de los mismos respecto de todo el aparato público, el cual ha dejado de ser con ello un instrumento para su sometimiento o dominación, lo contrario precisamente a un aparato concebido para el servicio integral y efectivo a esos ciudadanos, precisamente.

