

LA ADMINISTRACIÓN FRENTE AL JUEZ EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL: LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO (*)

JOSÉ MARÍA BAÑO LEÓN

SUMARIO: I. LA SIGNIFICACIÓN DE ESTE TRATADO EN LA DOCTRINA IUSPUBLICISTA ESPAÑOLA.—II. HACIA UNA NUEVA SISTEMÁTICA DE LA PARTE GENERAL.—III. LA ADMINISTRACIÓN FRENTE AL JUEZ: BASES DE UN CAMBIO DOGMÁTICO EN LA COMPRENSIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.—IV. LA SEPARACIÓN DE PODERES AL INICIO DE LA NUEVA CENTURIA: EL PODER JUDICIAL COMO EJE DEL NUEVO DERECHO ADMINISTRATIVO: 1. *La preponderancia de la función jurisprudencial.* 2. *Discrecionalidad y control judicial: self restraint judicial.* 3. *Autotutela administrativa y posición preferente del Juez*

I. LA SIGNIFICACIÓN DE ESTE TRATADO EN LA DOCTRINA IUSPUBLICISTA ESPAÑOLA

Cada época del Derecho suele venir compendiada en unos pocos libros que concitan la aceptación de los operadores jurídicos y que son tomados como referencia por los especialistas, incluso por los que disienten de sus planteamientos.

En el ámbito del Derecho Público español tal mérito ha correspondido al modestamente denominado «Curso de Derecho Administrativo» de E. García de Enterría y T. R. Fernández, cuya primera edición se remonta a 1974 (1), que en tal fecha sistematiza y ordena el universo conceptual de la generación de juristas fundadores de la *Revista de Administración Pública* y de la generación posterior, un conjunto excepcional de juristas que acertaron a poner las bases

(*) Reflexiones sobre S. MUÑOZ MACHADO: *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, tomo I, Civitas, Madrid, 2003.

(1) El volumen I; el II apareció por primera vez en 1977.

conceptuales del Estado de derecho en el seno mismo de un régimen autoritario. Y a fe que lo lograron, como ilustra el hecho de que el tránsito del Estado franquista al régimen democrático se produjera sin alterar sustancialmente la fábrica del Derecho Administrativo, que podría resumirse en el respeto al principio de legalidad, entendida la Ley como expresión de una voluntad soberana, y la Administración como poder vicarial en la feliz expresión de García de Enterría. Aquella obra, sin embargo venía a reflejar un Derecho Administrativo en crisis en otros países como consecuencia de la obra jurisprudencial de los Tribunales Constitucionales y de la posición preferente de los derechos fundamentales. Así lo advirtió poco tiempo después el propio García de Enterría con la publicación de su trabajo «La Constitución como norma jurídica» publicado inicialmente en 1979 en la Revista *Anuario de Derecho Civil*, contribución decisiva al entendimiento de la Constitución en nuestro país y que ha sido determinante en la actuación del Tribunal Constitucional. Pero paradójicamente esta obra luego incorporada al «Curso...» con T. R. Fernández, alteraba sustancialmente los fundamentos dogmáticos de los que partía el «Curso» de 1977, pues la superioridad jerárquica material y formal de la Constitución rompía con algunos de los presupuestos que habían construido la primitiva redacción, sobre todo en relación al principio de legalidad, de tal modo que en el «Curso...» sin estorbarse han convivido dos tradiciones, la que denominamos clásica que arranca de la Revolución francesa y de Rousseau —la ley expresión de la voluntad general— y la que con origen remoto en la revolución norteamericana impregna el constitucionalismo continental después de la Segunda Guerra Mundial, y que tiene su paradigma en la Ley Fundamental de Bonn, que aúna el legado kelseniano de la justicia constitucional y la decisiva influencia norteamericana, principal potencia ocupante en la Alemania occidental.

Si el papel de la Administración y del Juez han cambiado respecto de la ley por influjo de la «fuerza normativa de la Constitución» (K. Hesse) desde 1977 hasta nuestros días, mucho mayor ha sido el cambio de posición de la Administración en el mundo económico. A la altura del año 1978, todavía se discutía entre nosotros apasionadamente sobre el «modelo económico» de la Constitución y sobre la empresa pública, el vocablo «intervención» en la economía era moneda corriente. En estos veintisiete años transcurridos, no cabe la menor duda del profundo cambio experimentado por el Derecho Administrativo económico; la Administración ha adoptado una posición preferentemente reguladora y, salvo excepciones, se abstiene de intervenir como empresario en el mercado, e incluso traslada la función de regulación a entes instrumentales orgánica y funcionalmente independientes de la Administración matriz, algo impensable en la década de los setenta.

No ha sido desde luego ajeno a estos desarrollos, el impulso decisivo de la

Unión Europea y la creación de un mercado único, pues si bien, el TCE sigue destacando el principio de neutralidad respecto a la propiedad de las empresas, dicho principio entra en pugna directa con el de libre competencia, como agudamente destacó en su día precisamente S. Muñoz Machado (2). Derecho de la Comunidad Europea que no agota su virtualidad en el ámbito puramente económico; lo trasciende, y afecta de manera cada vez más intensa a todos los ámbitos del Derecho Administrativo. Así lo ha notado S. Cassese (3), quien al hilo, no sólo del Derecho Comunitario, sino del Derecho de otras organizaciones supranacionales, como el Consejo de Europa o la OMC, subraya que el Derecho Administrativo contemporáneo ha dejado de ser en gran parte un derecho estatal, fenómeno que puede concretarse en un doble aspecto: las fuentes (gran parte del Derecho que se crea es transestatal) y la organización, en la que la propia Administración cede el paso a decisiones tomadas fuera de su ámbito (autorregulación) o en su propio seno con independencia (Agencias, comités técnicos, etc.).

S. Muñoz Machado ha echado sobre sus espaldas la enorme carga de sistematizar en un nuevo orden conceptual el Derecho que rige a la Administración de nuestros días. Reducir a principios es tarea propia de la ciencia, según enseñaba Gracián, y a ello se aplica nuestro autor en esta ciclópea tarea, de la que ahora ve la luz el vol. I. Con más de mil cuatrocientas páginas, Muñoz Machado es el único autor europeo contemporáneo que se ha atrevido en solitario a esta aventura (sólo me viene a la memoria un empeño semejante en la obra de Klaus Stern, *Das Staatsrecht* en seis volúmenes si bien no se trata de una obra renovadora sino compiladora del acervo del Derecho Público alemán). Se diría incluso, a tenor de lo que acontece en otros países, que este tipo de exposiciones sistemáticas de una disciplina sólo son posibles con la colaboración de varios autores. Pero esta convención ha sido rota ya por Muñoz Machado, que ha dado a la estampa un primer volumen que en sí mismo justifica la excepcional posición de este autor en el seno del Derecho Público europeo (4).

Ahora Muñoz Machado reconstruye en solitario el Derecho Administrativo

(2) «La noción de empresa pública, la libre competencia y los límites del principio de neutralidad», en *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Civitas, vol. II, Madrid, 1994, págs. 1277 y sigs.

(3) «Le trasformazioni del Diritto Amministrativo dal XIX al XXI secolo», *Riv. Trim. di Diritto Pubblico*, núm. 1 (2002), pág. 37.

(4) En efecto, pocos autores europeos pueden exhibir una obra bibliográfica como la de Muñoz Machado, en la estela del magisterio indiscutible de García de Enterría. Destacaré, por ejemplo, su *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, que de haberse escrito en inglés, alemán o francés sería referencia obligada en toda Europa, pues no conozco ninguna otra obra comparable sobre el tema federal en los últimos cincuenta años.

de nuestro tiempo, sistematizando las aportaciones más importantes de los últimos lustros y dando una nueva visión de muchas de las instituciones centrales del Derecho Público, porque, como su título delata, estamos ante algo más que un Tratado de Derecho Administrativo: el plan de la obra abarca las bases del Derecho Público contemporáneo. En fin, una última consideración introductoria cabe hacer: se trata de un libro de Derecho Administrativo, pero no exactamente un Tratado sobre el Derecho Administrativo «español». El autor desde luego centra gran parte de sus esfuerzos en el Derecho español, pero las ideas que maneja y el trasfondo de las instituciones que explica trascienden la situación española para abarcar un panorama de lo que hoy ocurre en Europa. Al superar la visión de un manual que necesariamente tiene que atenerse a la finalidad docente de explicar el Derecho de un país, Muñoz Machado se las tiene que ver con un Derecho cada vez menos marcado por las tradiciones de un país, de un Derecho Administrativo cada vez más uniforme.

II. HACIA UNA NUEVA SISTEMÁTICA DE LA PARTE GENERAL

Este libro pone desde luego de relieve las líneas de convergencia del Derecho europeo, y el proceso de sucesiva «desestatalización» del Derecho Administrativo. En este contexto, el autor ensaya una nueva *sistematización del Derecho Administrativo*. En toda la Europa continental, junto a la parte general dedicada, por un lado, al examen de la Administración (teoría de la organización y función pública) y, por otro, al análisis de las formas jurídicas de la actuación administrativa (teoría del acto administrativo y del procedimiento) existe una parte especial, en la que se estudian de manera asistemática una serie de sectores de la acción administrativa (urbanismo, bienes públicos, medio ambiente, etc.). De manera que la Parte general —como denuncia el autor en el prólogo de la obra— ha ido alcanzando un grado tal de abstracción que a menudo olvida el conocimiento mismo de lo que realmente la Administración hace, cometidos que son hoy en parte bien distintos, a los que sirvieron para la construcción de la dogmática del Derecho Administrativo. Para superar este estado de cosas que hacen que, en general, la explicación del Derecho Administrativo no responda a la realidad de la actividad administrativa, Muñoz Machado incorpora a la Parte General la sistematización de las principales instituciones y técnicas jurídicas de que se sirve la Administración utilizando un criterio diacrónico, pues cada una de aquéllas se inserta en el contexto histórico en el que nace, lo que permite dar cuenta de la realidad social que explica su nacimiento. Así la emergencia y el desarrollo de los servicios públicos en el Estado legal, con su sistematización jurídica en el Reglamento de servicios de

las Corporaciones Locales, del que se da cuenta en el Capítulo IV, da paso en el Capítulo V al análisis de los servicios públicos económicos en la actualidad, marcado por principios antagónicos a los clásicos (predominio del mercado, exclusión de los monopolios, ruptura con carácter general del criterio orgánico del servicio público antes predominante). Otro ejemplo: si en el capítulo IV se estudian tres instituciones clásicas del Derecho Administrativo, la propiedad pública (dominio público) la obra pública y la expropiación forzosa, en el capítulo V se examina tanto la evolución de las dos primeras instituciones, que han sufrido profundas transformaciones, como dos nuevas instituciones que se han asentado en la última década. La función administrativa de regulación de algunos sectores económicos es la primera de ellas, función que va mucho más allá de lo que la palabra parece describir, y que se asigna por el legislador a una Administración especializada, separada orgánicamente de la Administración General. El segundo instituto es la autorregulación, mecanismo mediante el cual la Administración renuncia a la ordenación de un ámbito de interés público remitiéndolo a lo que acuerde el sector privado, técnica que reducida en sus inicios al ámbito de la normalización industrial, alcanza cada vez más importancia en otros sectores (medio-ambiente, investigación científica) y que está íntimamente ligada al acotamiento de los riesgos desconocidos. Nadie discutirá la importancia capital de ambas instituciones en la concepción misma de lo que sea la Administración (tratamiento de la llamada Administración independiente) y en la responsabilidad pública (¿cómo asegurar que un poder público legitimado democráticamente dirija efectivamente las decisiones públicas en sectores en los que impera la autorregulación y en los cuales el dominio técnico y científico están en manos privadas con fuertes intereses económicos?). Sin embargo, la manualística al uso lo ha obviado, pese a que ya contamos con valiosas aportaciones doctrinales (5). Muñoz Machado las ordena sistemáticamente dándoles el tratamiento que hoy merecen y abriendo así nuevos territorios a la Parte general del Derecho Administrativo, que estamos seguro tendrán reflejo en los manuales del futuro. Lo mismo cabe decir del nuevo enfoque de la participación privada en la explotación del dominio público y de la financiación de la obra pública, que permiten al autor subsumir en la Parte general de manera ordenada, un conjunto hasta ahora disperso de conocimientos en materia de dominio público, contratación y urbanismo, reducidos a un tratamiento unitario desde la perspectiva de la financiación. Nuestro autor abre el camino para una nueva sistemática de la Parte general del Derecho Admi-

(5) Por todos, J. ESTEVE PARDO: *Técnica, riesgo y Derecho*, Ariel, Barcelona, 1999, especialmente págs. 107 y sigs. *Autorregulación - Génesis y efectos*, Aranzadi, Pamplona, 2002, *passim*.

nistrativo, que permite ensanchar sus horizontes y que debería lograr una explicación suficiente del actual núcleo duro del Derecho Administrativo en los dos años de la carrera, desplazando el grueso del conjunto inconexo de materias que hoy se imparten en el segundo año bajo el título de Parte especial a un estudio especializado por sectores del Ordenamiento (urbanismo, medio-ambiente, agricultura, etc.) en asignaturas optativas o cursos de postgrado. El debate está abierto.

III. LA ADMINISTRACIÓN FRENTE AL JUEZ: BASES DE UN CAMBIO DOGMÁTICO EN LA COMPRENSIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Advertido queda el lector de la magnitud de la obra recensionada y de la enjundia del empeño del autor. Ambos rasgos justifican sobradamente que ahora nos limitemos a glosar alguno de los aspectos centrales del capítulo III, que se intitula «El sometimiento de los poderes públicos al Derecho en el Estado Constitucional», rúbrica bien significativa, en cuanto refiere la subordinación de *todos* los poderes públicos al ordenamiento jurídico, no sólo, pues, de la Administración, que es lo característico del Estado legal en Europa: por razones diferentes el juez y el legislador son por regla general *inmunes al Derecho* en el Estado basado en la soberanía de la Ley, a la que los jueces se someten, en una función teóricamente de simple aplicación de las normas del poder legislativo. En el Estado constitucional, en cambio, todos los poderes se subordinan a la Constitución. Y no sólo a ella, sino al Derecho, a un conjunto normativo complejo del que forma parte el Derecho interno y el Derecho supranacional (Derecho Comunitario, Convenio Europeo de Derechos Humanos), un Derecho caracterizado por un número desbordante de normas y, al mismo tiempo paradójicamente compuesto por reglas más abiertas, más necesitadas de una labor creativa de interpretación. La onda expansiva que en el ordenamiento produce la interpretación de los derechos fundamentales y de los principios jurídicos, abierta a los Tribunales nacionales y supranacionales, lo ha transformado radicalmente. Como nota Muñoz Machado, la jurisprudencia continental es cada vez más creadora de Derecho. Y no se trata de una patología especial que ataque a los jueces, sino una consecuencia de los profundos cambios que ha experimentado su función como consecuencia del reconocimiento de fuerza normativa a la Constitución (lo que relativiza el papel del legislador, pues la Ley ha de interpretarse conforme a la Constitución), y como resultado de la existencia de un Derecho supraestatal que obliga al juez también en la interpretación del derecho interno: el artículo 10.2 y el artículo 163

CE constituyen la clave de bóveda de esta nueva concepción, que tiene desarrollos muy claros en la Ley orgánica del Tribunal Constitucional.

Esta función estelar del juez requiere, según Muñoz Machado, una nueva ordenación del papel de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de modo que el juez quede vinculado por el precedente salvo que se justifique razonadamente el cambio del criterio. Se trata de un explícito acercamiento al modelo de Juez anglosajón que parece lógico, pues los mayores poderes del juez deben ir acompañados de una mayor responsabilidad. Podría decirse que la proximidad del Juez continental al anglosajón sólo se ha producido en España para respaldar un mayor poder creativo del Derecho que es bien visible en toda la jurisprudencia, ya sea administrativa o civil, sin que tal incremento del peso del Juez haya ido parejo a la reforma de la jurisprudencia como fuente de Derecho que obliga a los Tribunales inferiores. Puede sostenerse desde luego —quién podría negarlo— que es preferible el gobierno de las Leyes al gobierno de los Jueces. El problema es que las leyes las interpretan los jueces y para ello no sólo disponen del tradicional y formidable poder que otorga la interpretación (cualquier hermenéutica recrea el texto), sino de un instrumental tan incisivo como laxo, el orden de los principios generales constitucionales (incluidos los derechos fundamentales y supranacionales). El «sistema» ya no puede garantizar un mínimo de seguridad jurídica si no se refuerza el papel unificador del Tribunal Supremo en el ámbito nacional y el del Tribunal de Justicia en la Unión Europea. Al mismo tiempo replantea la función de la Administración en relación a la legislación y a la jurisdicción, cuestión a la que dedicaremos las reflexiones que siguen.

IV. LA SEPARACIÓN DE PODERES AL INICIO DE LA NUEVA CENTURIA: EL PODER JUDICIAL COMO EJE DEL NUEVO DERECHO ADMINISTRATIVO

1. *La preponderancia de la función jurisdiccional*

Uno de los hilos conductores de la obra que comentamos, a mi juicio el más significativo por sus implicaciones dogmáticas, es la función preponderante del juez respecto del legislador y de la Administración. Ciertamente se trata de un poder reactivo en el ámbito administrativo, pero las decisiones judiciales marcan el espacio de los otros dos poderes.

La influencia de la jurisprudencia, desde luego, ha sido notable en el desarrollo del Derecho Administrativo, sobre todo en Francia, donde esta rama del Derecho es eminentemente una creación del Consejo de Estado. Pero no puede ignorarse que esa obra pudo ser posible por la peculiar configuración histórica

de la justicia administrativa francesa que, aún hoy en día, se sitúa dentro de la Administración misma, por mucha independencia funcional que ofrezca el Consejo de Estado. Esta situación, que carece de parangón en el Derecho Continental no existe en otros sistemas constitucionales como el español marcados por la configuración de la tutela judicial efectiva como derecho fundamental (artículo 24 CE), el sometimiento universal de la Administración al control jurisdiccional (artículo 106 CE) y la atribución exclusiva al juez de la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (artículo 117 CE). Aquí la posición preeminente, aunque sea *ex post*, del juez es indiscutible, sin que hasta la obra de Muñoz Machado se haya hecho un esfuerzo dogmático por encajar el nuevo estado de cosas en la sistematización del Derecho Público. Y eso se pone de relieve en muchas instituciones del Derecho Administrativo. Nos reduciremos ahora a dos cuestiones básicas: la fiscalización de la discrecionalidad y la llamada autotutela administrativa.

2. *Discrecionalidad y control judicial: «self restraint» judicial*

La historia del Derecho Administrativo es la del control de la discrecionalidad. En el Estado constitucional no existe ningún ámbito inasequible al control judicial, porque en la feliz expresión de García de Enterría no caben inmunidades de poder. De lo que se sigue que finalmente es el juez quien fijó en cada caso hasta dónde llega la discrecionalidad. Lo intuó en un tiempo oscuro para el Estado de Derecho el autor de la Exposición de Motivos de la Ley jurisdiccional de 1956: la discrecionalidad no es un *prius* sino un *posterius* cuyos límites sólo pueden fijarse cuando se controla la actuación de la Administración. Las llamadas técnicas de control de la discrecionalidad son, en rigor, modos de reducción de lo discrecional, porque cuando se comprueba la verosimilitud de los hechos invocados por la Administración, o se contrasta el ejercicio de una actividad con los principios generales del Derecho se está deslindando el campo de lo discrecional y de lo reglado. La teoría unitaria de la discrecionalidad que subsume a los conceptos jurídicos indeterminados, permite estudiar dicho fenómeno desde el doble plano normativo y aplicativo, como ha propugnado entre nosotros M. Bacigalupo (6) y corrobora Muñoz Machado. Se destaca correctamente que no todo vale independientemente de que se trate de una discrecionalidad enmascarada en forma de conceptos jurídicos indetermi-

(6) *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

nados o de una discrecionalidad expresa, pues en ambos casos la reserva de Ley proscribía que el legislador sin causa justificada no regule suficientemente la materia.

Este entendimiento de la reserva de Ley (incumbe al Parlamento la decisión sobre las cuestiones nucleares de cada materia) permite una comprensión unitaria del fenómeno de la discrecionalidad en la aplicación de la Ley, y explica la razón de que finalmente sea el juez quien decida los límites de la discrecionalidad interpretando el ordenamiento jurídico en su conjunto. Cuando una Ley penal o civil atribuye al juez la potestad de resolver discrecionalmente algo lo hace bien sobre la base de conceptos jurídicos indeterminados o atribuyendo expresamente al juez dicha posibilidad. La doctrina administrativa tradicional de los conceptos jurídicos indeterminados utilizó estos ejemplos frecuentes en la legislación privada, y aun en la penal, para destacar que no existía discrecionalidad y que el juez podía controlar a la Administración, de la misma manera que aplicaba conceptos jurídicos indeterminados. De esta manera se justificaba la expansión del poder del juez, pero negando el carácter discrecional de la decisión. Los conceptos eran reglados porque ofrecían una única solución justa. Pronto la doctrina alemana advirtió que discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados no estaban tan separados al reconocer el margen de apreciación de la Administración en su aplicación (7), lo que a la postre venía en el plano práctico del control judicial a identificar concepto jurídico indeterminado y discrecionalidad. En ambos la Administración gozaba de cierta libertad, pero el juez podía controlar si el uso del poder de apreciación de la Administración se ajustaba o no a Derecho.

Los límites constitucionales de la atribución de potestades discrecionales refuerza, a mi juicio, el carácter unitario de la discrecionalidad, tanto si la potestad se reconoce a la Administración como al Juez. Obviamente si la habilitación para actuar discrecionalmente se da a la Administración, el ejercicio de tal competencia estará sujeto al control de los Jueces. Pero los límites que la reserva de Ley impone a la atribución de potestades discrecionales afectan de igual manera a la Administración y al Juez. Si una materia está reservada a la Ley la utilización de conceptos jurídicos indeterminados por la Ley penal o ci-

(7) En 1955 publican O. BACHOFF («Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht», *Juristen Zeitung*, págs. 97 y sigs.) y ULE («Zur anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht», en *Escritos en memoria de W. Jellinek*). En ambos trabajos se trata de conciliar la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados con el reconocimiento a la Administración de un «margen de apreciación» o una «prerrogativa de valoración» de aquellos conceptos que encierran decisiones axiológicas o cuestiones técnicas complejas.

vil sólo estará justificada cuando exista una causa objetiva que permita defender la habilitación o cuando el concepto sea de tal naturaleza que permita con el suficiente grado de previsibilidad un mínimo de seguridad jurídica. Ya en la STC 101/1991, *Ley orgánica de Libertad Sindical*, el Tribunal consideró compatible el concepto «establecimientos militares», cuya concreción se remitía al reglamento, con la reserva de Ley del artículo 81.1, porque del ordenamiento positivo se deducía con facilidad que la finalidad era preservar la neutralidad de las fuerzas armadas y que era un concepto fácilmente concretable con el Derecho vigente, es decir, un concepto —añadimos nosotros— nada indeterminado.

En la STC 49/1999, el Tribunal sostuvo que, a pesar de que el artículo 18.3 de la Constitución permite la intervención judicial de las conversaciones telefónicas, «resulta insuficiente para determinar si la decisión judicial es o no el fruto previsible de la razonable aplicación de lo decidido por el legislador», al no hacer referencia el precepto constitucional «a los presupuestos y condiciones de la intervención telefónica». De este modo la sentencia que estimó el amparo señalaba que incluso en los casos de expresa autorización constitucional al Juez, es necesario que el legislador establezca las cautelas suficientes para que el poder del Juez no sea omnímodo.

El control de la discrecionalidad no empieza como en el Derecho Administrativo tradicional en la garantía del Juez, sino en la garantía de la Ley. Somos conscientes de que la discrecionalidad en el Derecho es inevitable, y muchas veces oportuna, porque permite al aplicador del Derecho (Administración o Juez) adecuarse a las circunstancias del momento. Pero nadie puede dudar de que la discrecionalidad judicial no es ni mejor ni peor para la seguridad jurídica que la administrativa, por muchos remedios procesales que se instrumenten.

Más aún, cuando estamos en presencia de decisiones de programación económica o de planificación territorial o de evaluación de riesgos, el procedimiento judicial no puede sustituir con ventaja al procedimiento administrativo si éste se tramita «en serio» (8). Desde la perspectiva del ciudadano, entrevió el problema el Tribunal Constitucional en la STC 292/2000, *Ley de Protección de Datos*, que declara inconstitucional el artículo 24.1 de tal Ley. Dicho precepto permitía a la Administración limitaciones en el ejercicio del derecho de acceso, rectificación y cancelación en el ejercicio por aquélla de sus «funciones de verificación y control». La norma —dice el Tribunal— «deja en la más absoluta

(8) Cfr. J. PONCE: *Deber de la buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido*, Lex Nova, Valladolid, 2001, págs. 685 y sigs.

incertidumbre al ciudadano sobre en qué casos concurrirá esa circunstancia (si no en todos) y sume en la ineficacia cualquier mecanismo de tutela jurisdiccional que deba enjuiciar semejante supuesto de restricción de derechos fundamentales sin otro criterio complementario que venga en ayuda de su control de la actuación administrativa en esta materia». Si se sustituye el término «ineficacia» por el de «inseguridad jurídica» suscribimos a pies juntillas el aserto del Tribunal Constitucional, porque, en efecto, no es la discrecionalidad de la Administración lo que puede hacer ineficaz el control del Juez en una cuestión estrictamente jurídica, sino que lo hace tan imprevisible como el ejercicio de la discrecionalidad administrativa misma.

En la encrucijada de la discrecionalidad, tan importante es el control de las habilitaciones legislativas como el de la actividad administrativa, cuando se llega a la conclusión de que el control judicial de la discrecionalidad administrativa en las decisiones difíciles no es cuestión resoluble aplicando criterios abstractos. En último término, el propio Juez razonablemente tiene que decidir si la opción elegida por la Administración es ajustada o no a Derecho, y en este último caso, si considera que tiene todos los elementos de juicio para reconocer un derecho o sustituir la decisión de la Administración, o si en cambio tiene que ordenar a la Administración que analice las circunstancias del caso. Ya lo observó lúcidamente F. Ossenbühl (9) en el año 1970 cuando dijo que más que hablar de conceptos jurídicos indeterminados había que hablar de quién es competente en el caso concreto para tomar la última decisión, si el Juez o la Administración.

De hecho la práctica procesal en España y en otros países nos demuestra que el Juez de lo contencioso se abstiene en muchas ocasiones de resolver el fondo del asunto y retrotrae las decisiones a la Administración, todo lo cual se viene practicando inveteradamente sin que en la Ley procesal exista previsión alguna al respecto. Siempre ha habido conciencia de que el control de la discrecionalidad no puede significar un asalto del poder judicial a la función misma de la Administración (de hecho no existen vestigios de que tal cosa haya sucedido nunca) pero es el Juez, el servidor del Derecho, el que debe reconocer sus propios límites, y la doctrina debe denunciar los posibles abusos tanto de la discrecionalidad administrativa como de la judicial. Difícilmente puede sostenerse que en todos los conflictos sólo existe una única solución

(9) Sobre esta cuestión creo de justicia mencionar el «ingenuo», según su propia calificación, pero valiosísimo trabajo de ALEJANDRO NIETO: «Reducción jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria», *RAP*, núm. 44 (1964), reeditado ahora en sus *Estudios de Derecho y Ciencia de la Administración*, INAP, Madrid, 2001, con un comentario introductor del propio Nieto, págs. 511 y sigs.

justa (Dworkin y antes los partidarios de la teoría ortodoxa de los conceptos jurídicos indeterminados) salvo si la única solución justa se refiere al proceso judicial. Lo normal en el ámbito de la discrecionalidad administrativa es que pueda existir una pluralidad de soluciones razonables. Lo lógico es que el Juez respete cualquier opción discrecional que esté debidamente justificada. Lo que el libro de Muñoz Machado pone de relieve contundentemente, en la línea propugnada por García de Enterría, T. R. Fernández, M. Atienza, entre otros, es que los posibles abusos en la fiscalización de la discrecionalidad por los Jueces no pueden poner en duda su competencia plenaria para ejercer dicho control. Y lo que también pone de manifiesto la obra, aunque no se desarrolle en el vol. I, es la necesidad de introducir profundas reformas en la selección, gobierno y funcionamiento de nuestros Tribunales para garantizar el equilibrio de poderes, dada la formidable posición institucional del Juez en el Estado constitucional. Uno de los contrapesos para ello es desde luego la doctrina de la reserva de Ley: no toda atribución de más poder al Juez supone un aumento de las garantías de los ciudadanos. Esta es una lección que no debemos olvidar, y que debería servir de *leit-motiv* de una reforma del Poder judicial, que se nos antoja imprescindible, junto a la del procedimiento legislativo, si se quiere detener la degradación que, a nuestro juicio, sufre el principio de separación de poderes reducido a una contienda entre dos únicos protagonistas (el gobierno y los jueces) y a un árbitro cada vez más poderoso: los medios de comunicación.

3. *Autotutela administrativa y posición preferente del juez*

En el banco de pruebas de una «nueva» dogmática del Derecho Administrativo acorde con el Estado constitucional sitúa Muñoz Machado a las prerrogativas tradicionales de la Administración (Ejecutividad y ejecución forzosa) que en España la doctrina mayoritaria de la mano de García de Enterría y siguiendo a Feliciano Benvenuti comprende bajo el instituto unitario de la autotutela. La crítica razonada de Muñoz Machado a esa concepción unitaria se basa en dos argumentos centrales. Técnicamente, decisión ejecutiva y ejecución forzosa no son dos manifestaciones de una misma institución, pues la primera tiene su fundamento en la propia competencia de la Administración para actuar sirviendo los intereses generales, mientras que la segunda constituye una excepción al principio general que impone que sólo el Juez pueda autorizar intromisiones directas en la libertad y en la hacienda de los ciudadanos. Desde el punto de vista constitucional, para Muñoz Machado la prerrogativa de la decisión previa es perfectamente compatible con la Constitución. El ciudadano puede siempre oponer a tal potestad administrativa un recurso ante los Tribu-

nales, sin que el hecho mismo de la decisión administrativa modifique el estado posesorio previo del ciudadano, que sí cambia radicalmente cuando el acto se ejecuta forzosamente, razón por la cual el privilegio de ejecución forzosa atribuido *in genere* a la Administración por la Ley procedimental administrativa resulta contrario a la tutela judicial efectiva si se interpreta del modo que la doctrina de la autotutela presupone, poniendo en parangón la posición de la Administración y la del Juez. Y si más allá de esa consideración puramente técnica, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el derecho a la tutela judicial efectiva reclama que antes de ejecutar forzosamente un acto pueda darse la oportunidad a un Tribunal de suspenderlo, se pregunta Muñoz Machado: «¿no es mucho más simple y operativo que este largo y antieconómico rodeo, rompa con el dogma de la ejecución forzosa y establezca la fórmula general de la ejecución judicial, salvo excepciones?». La respuesta afirmativa que se desprende de la argumentación de Muñoz Machado supone en definitiva retomar la tradición francesa, tal como quedó clásicamente definida en las conclusiones de Romieu ante el Tribunal de conflictos en el caso «Société immobilière Saint-Just» (1902).

Realmente la categoría de la autotutela omnicomprendiva de todos los privilegios de la Administración tiene difícil justificación dogmática, si se parte de la base de lo que siempre la doctrina italiana ha considerado autotutela, es decir, la capacidad de que un sujeto se haga justicia a sí mismo. El fundamento de esta construcción unitaria, de impronta procesal, está en F. Cammeo: hay autotutela de derechos o intereses cuando «l'accertamento o la reintegrazione loro è rimessa allo stesso subbietto del diritto leso sia pure sotto il controllo dello Stato» (10). El desarrollo de esta doctrina en Betti y otros civilistas se explica con los ejemplos clásicos del Derecho Privado, como el derecho de retención. En el ámbito jurídico-administrativo tal posición dogmática trae causa del entendimiento de la competencia administrativa como una competencia plena y autosuficiente que agrupa funciones normativas (poder reglamentario), y funciones judiciales (declarativas y ejecutivas), de tal suerte que, como destaca Muñoz Machado, la doctrina de la autotutela implica situar dogmáticamente en un mismo plano la función administrativa y jurisdiccional, al entender que la Administración realiza materialmente funciones jurisdiccionales similares a las del proceso de cognición y ejecución. Lo cual supone un entendimiento de la potestad de decisión previa absolutamente irreal y presupone además que es posible deslindar materialmente las funciones del Estado (legis-

(10) F. CAMMEO: *Corso di Diritto Amministrativo*, vol. III, ed. facsímil de la de 1914, CEDAM, Padua, 1992, pág. 1443.

lar, ejecutar y juzgar) concepción hoy en día abandonada. Por eso Benvenuti entiende por autotutela «la parte de la actividad administrativa con la cual la misma Administración pública procede a resolver conflictos, potenciales o actuales, que surgen con otros sujetos, en relación a sus actos o pretensiones» (11). Se comprende bien que tal posición es en rigor incompatible con la prerrogativa del acto previo, en la medida en que los actos administrativos (con excepción acaso de los procedimientos arbitrales), no se dictan para prevenir o resolver un conflicto potencial o actual, sino para la realización por la Administración de sus fines públicos. El defecto de esta concepción, ya lo subrayo S. M. Gianini (12), es que asimila la Administración a la parte que en el proceso civil ha obtenido una sentencia favorable. Desde el punto de vista de la claridad de los conceptos jurídicos, debería reducirse la categoría de la autotutela a la ejecución forzosa de los actos administrativos, separándola como dice Muñoz Machado de la decisión previa (ejecutividad del acto administrativo) o de otras instituciones como los recursos, la revisión de oficio, o las sanciones administrativas, cada una de las cuales tiene rasgos propios, que en ningún caso se confunden con las funciones jurisdiccionales.

E incluso más allá de la cuestión constitucional agudamente examinada por Muñoz Machado, cabe plantear otro inconveniente a la doctrina de la autotutela, aun cuando se limite a la ejecución forzosa. Y es que las prerrogativas de la Administración en nuestro actual Derecho están cada vez más al servicio de intereses que no son estatales sino de otros sujetos jurídicos, como es el caso de la Unión Europea. La ejecución forzosa de los actos comunitarios se realiza con arreglo al Derecho interno de cada Estado miembro. En aquellos países como Alemania o España que reconocen una prerrogativa general a la Administración de ejecución forzosa es patente la inexistencia de autotutela alguna de la Administración, lo que existe en rigor es una heterotutela. Se ejecuta un acto para satisfacer el interés general de la Comunidad Europea no el del Estado miembro. Lo mismo ocurre en el plano del Derecho interno en los países de estructura federal, en los que una Comunidad Autónoma o una entidad local pueden ser autorizadas por la Ley para ejecutar forzosamente actos administrativos dictados en interés de la Administración superior. Se puede decir, en resolución, que la noción de autotutela tiene sentido en el Derecho Procesal Civil, en los casos excepcionales en que la Ley civil reconoce al particular la facultad de «hacerse justicia a sí mismo», pero no así en el Derecho Administrativo ya que se aviene mal con la idea comúnmente admitida de que la Admi-

(11) Voz «Autotutela (Diritto Amministrativo)», *Enciclopedia del Diritto* IV, Giuffrè, Milán, 1959, pág. 539.

(12) *Diritto Amministrativo*, vol. II, 2.ª ed., Giuffrè, Milán, 1988, pág. 1261.

nistración no actúa al servicio de intereses propios sino del interés general, aunque sea ella misma la que en muchas ocasiones sea competente para definirlo.

Volvemos ahora sobre la cuestión medular de si la prerrogativa administrativa de ejecución forzosa debería constituirse en la excepción a la regla general de ejecución con autorización judicial como propugna Muñoz Machado.

En ésta como en otras materias conviene tener muy presente el proceso de convergencia de los ordenamientos jurídicos europeos. En Francia el *statu quo* de la ejecución forzosa no está en la línea de lo preconizado por Romieu en sus célebres conclusiones al arrêt S. I. Saint Just, y no resulta infrecuente que las leyes atribuyan la potestad de ejecución forzosa a la Administración misma. Al mismo tiempo, la legislación francesa ha abierto muchas posibilidades a la suspensión de efectos de la decisión previa y a la adopción de medidas cautelares, mediante los diversos procedimientos de «referè» regulados por la Ley de 30 de junio de 2000.

En el Derecho Administrativo francés había un tradicional equilibrio entre la regla general de la ejecución forzosa de los actos previa autorización judicial (con excepciones tan significativas como la urgencia, la disposición expresa de una ley, la ausencia de sanciones penales) y la no suspensión de efectos de los actos en el contencioso. Téngase presente que la suspensión de efectos sólo era posible respecto a las decisiones susceptibles de ejecución forzosa, y no contra los actos administrativos de contenido negativo que no requieren ejecución. La evolución del Derecho francés ha sido bien significativa: aumento de las posibilidades de ejecución forzosa por la propia Administración (13) y paralelamente reforzamiento de las posibilidades de suspensión o adopción de medidas cautelares que impiden que la Administración cause perjuicios irreparables o desproporcionados a quien recurre. Es decir, al tiempo que se ha dotado a la Administración de procedimientos más ágiles, se ha reforzado el sistema de garantías de la tutela cautelar.

En Alemania el sistema ha seguido derroteros bien distintos. Existe un reconocimiento general tanto en la Ley federal de procedimiento administrativo como en la de los respectivos *Länder* de la potestad administrativa de ejecución forzosa en términos muy similares a los nuestros. Pero tal prerrogativa exorbitante se equilibra con el principio general de suspensión de los actos administrativos por la interposición del recurso, de tal modo que salvo las excepciones previstas [parágrafos 80, 80.a) y 80.b) de la «Verwaltungsverfahrenge-

(13) Para esa evolución, *cfr.* N. BELLOUBET-FRIER y P.-L. FRIER: «La deuxième mort de Jean Romieu», en *Études en l'honneur de Georges Dupuis (Droit Public)*, LGDJ, París, 1997, págs. 2 y sigs.

setz»] la simple interposición del recurso suspende los efectos del acto. El sistema no exento de críticas por la paralización que comporta de grandes decisiones públicas ha sufrido importantes modificaciones en el sentido de alterar la regla general en ciertos casos como el de proyectos con grandes inversiones, lo que se suma a ámbitos tradicionales en Alemania como el tributario, o el de las órdenes de policía. Con todo, la regla general de suspensión automática permanece, de modo que la Administración cuando quiere acogerse a la ejecución inmediata del acto tiene que razonarlo expresamente, pudiendo naturalmente el particular recurrir administrativa y judicialmente la decisión.

El caso español ha venido marcado desde la Ley de Procedimiento administrativo por una impronta autoritaria. Se reconoce la potestad general de ejecución forzosa a la Administración y al mismo tiempo la regla general —aún hoy— es la no suspensión de efectos del acto administrativo. La reglamentación aparece en este punto claramente desequilibrada del lado de la Administración sin que exista ningún fundamento dogmático compatible con el Estado de Derecho que justifique este estado de cosas.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en este punto no ha hecho más que poner paños calientes en un extremo que requeriría de cirugía jurídica. Observa el Tribunal —como recuerda Muñoz Machado— que el derecho a la tutela judicial efectiva es incompatible con la ejecución forzosa de actos antes de que exista un pronunciamiento judicial. Dicho aserto emitido en sendos recursos de amparo, uno a propósito de una sanción administrativa y el otro relativo al antiguo artículo 87.2 LOPJ, no ha conmovido a nuestra Administración que no sólo ejecuta decisiones administrativas antes de que el Tribunal contencioso se pronuncie sobre la suspensión, sino que advierte en muchos casos de que la desobediencia a la ejecución constituye un delito, práctica que han aprobado los jueces penales.

La actual situación aparece fiada a la prudencia de la Administración (incluso el recurso de alzada no suspende automáticamente la eficacia salvo en las sanciones), depende de ella la ejecución inmediata de la decisión previa o aguardar a la decisión del juez sobre la medida cautelar, y esa circunstancia resulta claramente contraria al derecho a la tutela judicial efectiva constitucionalmente reconocido. Es la combinación de la ejecución forzosa y la no suspensión de los actos lo que resulta incompatible con la Constitución, en la medida en que permite —sin mediar una situación de urgencia— la injerencia en los bienes y derechos de los particulares sin una posibilidad efectiva de revisión judicial.

Constituye un mérito indudable de Muñoz Machado haber diseccionado la autotutela ejecutiva de la Administración. Si el camino para superar la peculiar posición del Derecho español consiste en suprimirla por la autorización judi-

cial previa, con las excepciones lógicas, o en reformar abiertamente la actual regla de la no suspensión asociada a la ejecución forzosa es cuestión discutible. En nuestra opinión, la segunda alternativa sería menos revolucionaria pero más eficaz. Ofrece muchas más garantías un sistema de no suspensión anudado a la exigencia de que la propia Administración justifique razonadamente por qué es necesaria la ejecución inmediata en los casos de prevalencia de los intereses públicos, en un plazo suficiente que permita el acceso al juez (salvo el caso de manifiesta urgencia que nadie discute). La razón es que el juez puede tener un conocimiento suficiente para decidir sobre la necesidad o no de la ejecución. Sin embargo, el sistema de autorización judicial para la ejecución forzosa sólo sirve para evitar vías de hecho, pero deja incólume la necesidad de un nuevo pronunciamiento judicial sobre la suspensión de los efectos del acto. El juez de la ejecución sólo se pronuncia sobre la regularidad del título, pero no sobre la legalidad del acto en sentido amplio ni sobre la reparabilidad de los daños inflingidos al particular, tal como ya dejara sentado el Tribunal Constitucional a propósito de la autorización de entrada domiciliaria (SSTC 211/1992; 50/1995). Como el caso francés (14) y la práctica española demuestran un sistema de autorización puede facilitar las cosas a la Administración en detrimento de la garantía de una tutela judicial efectiva.

El reconocimiento de la potestad de ejecución forzosa a la Administración es perfectamente compatible con la tutela judicial efectiva siempre que se revise el actual sistema procesal que refuerza injustificadamente la eficacia general de los actos administrativos. El hecho de reconocer a la Administración poder para ejecutar sus actos no pugna con la Constitución, pues ésta sólo reserva a los jueces la potestad de hacer ejecutar lo juzgado (art. 117). Resulta significativo que en la patria de la doctrina «Romieu» el Consejo Constitucional haya declarado que la atribución a la Administración de tal potestad no es contraria a los principios fundamentales de la República. Lo que requieren los derechos del justiciable es mucho más simplemente la posibilidad de revisión tempestiva de las decisiones de la Administración. La derogación de la regla general de no suspensión en vía de recurso administrativo y contencioso unida a la posibilidad de que la Administración misma ordene en ciertos casos la ejecución inmediata, sujeta a revisión judicial, podría restablecer un equilibrio entre prerrogativa y garantía, que ha sido extraño entre nosotros, como agudamente denuncia la obra recensionada.

Nos hemos limitado a dos testigos para resaltar la riqueza de ideas de este Tratado. Dos muestras muy parciales, pues la obra contiene desde luego mu-

(14) N. BELLOUBET-FRIER y P.-L. FRIER, *passim*.

chas más aportaciones capitales. Por ejemplo, el vasto tratamiento del régimen jurídico de la Administración del Estado legal que es la gran obra del siglo XIX y que aún hoy en día marca la dogmática del Derecho Público. La construcción rigurosamente innovadora sobre la fragmentación de la legalidad, que por sí misma exigiría una recensión monográfica: se trata de la primera explicación sistemática de la realidad del principio de legalidad que, a nuestro juicio, modifica la idea misma de ordenamiento jurídico. No menos importante es el tratamiento exhaustivo de los servicios públicos, tanto sociales como económicos, en Europa y su comparación respecto de Estados Unidos, que explican la diferente visión de la relación entre sociedad y gobierno que existe en las dos orillas del Atlántico y cómo ha influido esa distinción en la configuración europea de unos servicios públicos sociales, que hasta la pionera investigación de Muñoz Machado había pasado desapercibida para los cultivadores del Derecho Público. Lo mismo cabe decir del ejemplar tratamiento del dominio público. A una exhaustiva explicación dogmática sobre sus orígenes, sigue una reconstrucción de sus contornos actuales que explica tanto los excesos en la utilización del título demanial para explicar realidades modernas (el medio-ambiente o el dominio público radio-eléctrico) como la profunda renovación de las notas tradicionales del dominio público (inembargabilidad o inalienabilidad) urgidas como están todas las Administraciones públicas contemporáneas por explotar financieramente los bienes públicos recurriendo al sector privado. Los desarrollos de la concesión de obra pública que permite la financiación privada de infraestructuras, o el uso del *leasing inmobiliario* aparecen en el Tratado perfectamente engarzados en el tratamiento del dominio público, lo que en España es una novedad de primer orden.

La simple glosa de éstas y otras muchas aportaciones, alargaría en exceso este trabajo, convirtiéndolo en una suerte de historia interminable que sólo la literatura consiente. Nos será permitido por ello que terminemos con un juicio sintético: una obra excepcional que alumbra una nueva época del Derecho Público español.