

**REPENSANDO EL SISTEMA DE LO CONTENCIOSO-  
ADMINISTRATIVO DESDE LA PERSPECTIVA  
DE LA TUTELA DE LAS SITUACIONES  
JURÍDICAS DE LOS CIUDADANOS<sup>(\*)</sup>**

SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO BAQUER

1. La tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas de los administrados ha venido discuriendo tradicionalmente por el cauce de la jurisdicción contencioso-administrativa. Sin desdoro de ningún tipo para lo que la misma significa, sabida es la crisis en la que se encuentra. Pone de manifiesto su insuficiencia, con las consiguientes repercusiones en relación con la efectiva protección y tutela de esas situaciones jurídicas. Situación por todos reconocida, en la que no hace falta insistir. Con evidente simplismo, acostumbra habitualmente a remitirse a la lentitud de la jurisdicción, consecuencia —se dice—, del extraordinario número de recursos de los que debe conocer. Realidad esta última que, aparte evidentes y muy notorias situaciones de abuso, resulta obligado encuadrar en la felizmente creciente conciencia de que los ciudadanos pueden debatir ante los Tribunales de Justicia sus derechos e intereses frente a las Administraciones públicas.

He calificado de simplista el enjuiciamiento que en los términos expuestos se hace de la situación de la jurisdicción. Las razones a las que responde son muy otras; mucho más hondas. No se resuelven ni con la modificación competencial de lo que corresponde conocer a unos u otros Tribunales con el fin de “aliviar” aquéllos que pudieran estar más sobrecargados, ni con el simple aumento del número de Jueces y Magistrados. No cuestiono el valor de medidas como éstas. Lo que señalo es su insuficiencia ante el hecho de la incontrovertible degradación que ofrece la jurisdicción, y cuyo dato más determinante es que incide gravemente en el alcance y efectividad de la tutela jurisdiccional de las situaciones de los ciudadanos. Una situación que, por otra parte, no cabe entender haya sido abordada, ni minimamente siquiera, por la vigente LJ.

---

(\*) Este trabajo ha sido escrito para el volumen en memoria de D. José Lorente Sanz, de próxima publicación.

El estado de cosas que refiero ha sido reiteradamente advertido; de él existe también amplia conciencia en otros ordenamientos. Hacer que resulte medianamente operativo el sistema de lo contencioso, es desde luego lo primero que se requiere. Sin embargo esto no basta. Es precisa una segunda perspectiva para abordar la insuficiencia del sistema que, en cuanto deudor en exceso de modelos del pasado, no obstante sus lógicas adaptaciones, resulta ineficaz para garantizar esa tutela de modo operativo ante los procedimientos cada vez más sutiles del actuar de la Administración de nuestros días. Habrá que buscar, pues, cauces distintos. Es ésta segunda, una línea argumental que también resulta obligado considerar.

A la vista de la propia complejidad del tema parece claro el planteamiento que debe asumirse. No caben fórmulas milagrosas. No es sino el que con carácter general se postula por todos los que se han ocupado de estas cuestiones. Las medidas a adoptar son de muy distinta naturaleza: políticas; económicas; de carácter educativo; legales, también, naturalmente. Y además deben hacerse realidad a través de aproximaciones sucesivas con tanta prudencia como radicalidad y constancia. Y, sobre todo, recordando que lo que está en juego —y lo repito una vez más—, es la obligada cobertura que el Derecho debe dar —hasta donde puede darla—, a las situaciones de los ciudadanos.

Trataré de reflexionar convencionalmente sobre el tema desde una doble perspectiva. En primer lugar, sobre aquellas actuaciones que pueden permitir un más adecuado redimensionamiento de la jurisdicción contencioso-administrativa comprendiendo, naturalmente, las de carácter previo que reduzcan en lo posible el acceso a la misma. En segundo lugar, tratando de ver los límites que, guste o no, presenta la jurisdicción en el contexto de la Administración de nuestros días, reflexionando sobre las posibles vías para intentar solventar esos límites.

2. El cauce habitual y generalizado para que el ciudadano reaccione en derecho frente a la actividad de la Administración, en principio, opera siempre *ex post*. Tiene un significado eminentemente reparador. Es necesario que la lesión se haya producido, que haya tenido lugar. Es el planteamiento que se acoge en el derecho francés, cuya huella siguen numerosos ordenamientos, entre ellos el nuestro. La Administración francesa, señaló J. RIVERO, ha preferido siempre este esquema de tipo "militar", a otras formas de "Administración concertada" que, en cierto modo, trataban de evitar que la lesión se produjera: la decisión administrativa, señala, preparada incluso en secreto, puede ser ejecutada antes de ser cuestionada. Se trata de *reparar; no de prevenir*.

La alternativa expuesta, aun continuando siendo válida en líneas generales, hay que reconocer que no se plantea con la radicalidad con que la refiere RIVERO. Son muy distintos los cauces que, al menos formalmente, están ya establecidos para que la lesión pueda ser evitada. El tema es, sin embargo, el de la consistencia y virtualidad de esos cauces. Hay un derecho constitucional al procedimiento; también constitucionalmente, se garantiza la audiencia de los interesados y el acceso de los ciudadanos a los archivos y a los registros administrativos (art. 105 CE); la ley señala igualmente que los ciudadanos tienen en todo momento derecho a conocer los procedimientos que les afectan (art. 35 LPC); asimismo, se establece con carácter general la posibilidad de concluirlos, en determinadas circunstancias, por vía convencional mediante "acuerdos, pactos, convenios o contratos" (art. 88 LPC); incluso, en materia en las que esta posibilidad estaba ya establecida, recordemos en los procedimientos expropiatorios, la fijación convencional del justiprecio está teniendo una muy creciente aplicación, obviamente, como consecuencia del cambio de postura de las Administraciones expropiantes.

El alcance de lo que se dice es importante. No debe sobredimensionarse sin embargo, en cuanto fórmula que evite el planteamiento de conflictos entre los ciudadanos y las Administraciones públicas. La solución del art. 88 LPC para la conclusión del procedimiento, tiene una muy reducida aplicación como consecuencia de las lógicas exigencias que se requieren al respecto. Y en relación con las distintas fórmulas de participación en el procedimiento —informaciones públicas, trámites de audiencia, etc.—, establecidas para el conocimiento y protección de las situaciones de los administrados, lo habitual es que la propia Administración no las valore en los términos debidos, prescindiendo de las posibles consecuencias que de ellos cabía esperar: como resultado de esos trámites, solo muy raramente se rectifican los planteamientos que inicialmente pudiera haber diseñado. La Administración, generalmente, no se los toma en serio. Lo mismo que ocurre con los recursos administrativos; e, incluso, con los contencioso-administrativos al reiterar, sin más, situaciones que ya han sido enjuiciadas por los Tribunales. Es poco realmente lo que hace para evitar la iniciación los de procesos jurisdiccionales.

Abordar este primer punto de reflexión puede ser importante. En principio, no requiere reforma legal alguna. ¿Para que más leyes? Se requiere algo quizá más difícil: un cambio de actitud, un cambio profundo, en la mentalidad de la propia Administración. Recordemos en el sentido que se señala, no pocas Circulares de distintos Presidentes del Gobierno en Francia que, hondamente preocupados por el buen

funcionamiento de la Administración, reiteran una y otra vez medidas internas para apurar al máximo el posible reconocimiento en vía administrativa de las situaciones de los ciudadanos.

La alternativa es clara. Además no hay otra: establecer, y hacerlo sin reduccionismos de ningún tipo, los filtros necesarios para decantar el acceso a la jurisdicción. Es apuesta decididamente política, con connotaciones profundas. Como acabo de indicar, no requiere tanto de la posible modificación de unos textos legales cuanto a un auténtico cambio de mente, auténtica *metanoia*, que conduzca a un cambio de actitudes en la concepción misma de las relaciones del ciudadano con la Administración. No es fácil desde luego.

La doctrina se ha ocupado de estas cuestiones con amplitud. Con un alcance en cierto modo sustitutorio a la fórmula de los recursos, ha propuesto una serie de fórmulas que van desde una reconsideración de la posición de la Administración en la tramitación de los procedimientos administrativos y en la resolución de los recursos administrativos, hasta soluciones de carácter arbitral o transaccional. Son estas últimas de muy distinto alcance jurídico, y entre nosotros se han referido a ellas en términos exhaustivos A. HUERGO y O. BUSTILLO, medidas todas ellas convergentes, orientadas hacia la finalidad señalada. Tratemos en cierto modo de sistematizarlas.

En primer lugar, como se acaba de señalar obligada reconsideración del valor de los distintos trámites procedimentales. Es, además, a lo que constitucionalmente esta obligada la Administración: a aplicar la ley. Ello requiere —y vuelvo a insistir— un cambio en el proceder habitual de la Administración, que bien harían en fomentar los órganos del Gobierno responsables de estas cuestiones. Es necesario preocuparse seriamente de ellas. Causa realmente cierta perplejidad observar el sin fin de Cursos que se organizan, quiero entender que con la mejor voluntad, para poner al día a nuestro funcionariado, actualmente, de modo especial, como consecuencia de las llamadas nuevas tecnologías, y la total ausencia de cuestiones como la que nos ocupa, ciertamente no tan nuevas y que alguna importancia tienen. La creciente, peligrosa y generalizada “desjuridificación” de los conocimientos que se exigen para el ejercicio de la función pública, tampoco ayuda que digamos en la tarea que señalo.

Está también, en segundo lugar, el tema de los recursos administrativos: la Administración, al resolverlos —y sé que el concepto puede no ser técnicamente correcto—, haría bien en abandonar su posición de parte, que le lleva a avalar casi siempre lo resuelto por ella misma, asumiendo, por el contrario, una posición de intérprete objetivo del

Derecho. Resoluciones de la Administración al resolver los recursos administrativos, fundadas en derecho, en términos que puedan resultar inatacables ante la jurisdicción contenciosa. Consecuente aceptación social de esas Resoluciones, que sólo puede ser resultado de la *auctoritas* de su propia fundamentación. Y como consecuencia de lo que se dice, cambio de mentalidad también, y muy singularmente, en los administrados, extremo sobre el que más adelante volveré.

Advirtamos, en tercer lugar que, como se ha dicho, la problemática concreta que se analiza se ha proyectado también estableciendo una serie de fórmulas, jurídicamente distintas entre sí, pero todas ellas convergentes hacia la finalidad expuesta. Supuestos de carácter arbitral para la resolución extrajudicial de los conflictos, por ejemplo, en materia de consumidores, de transportes o de telecomunicaciones. Estas fórmulas sin embargo, en algunos casos sólo son asumibles con carácter voluntario; en otros, pueden resultar equívocas a los efectos que se pretenden, ya que no hacen sino demorar el posible acceso a la jurisdicción. Fórmulas todas ellas que, además en su misma heterogeneidad no dejan de plantear algunas cuestiones de carácter constitucional: las soluciones extrajudiciales que se arbitren no deben eliminar las posibilidades que entre otros ofrecen los arts. 24 y 106 CE. Son, en efecto, posibilidades que existen, si bien en ámbitos muy concretos y entiendo no son la vía para afrontar con la radicalidad obligada la cuestión que nos ocupa.

3. El planteamiento a asumir debe ser mucho más decidido. Básicamente, por lo que ahora interesa, y sin prescindir de ninguna de las soluciones referidas, debe apoyarse en rehabilitar en términos inequívocos el sistema mismo de los recursos administrativos, partiendo, si preciso fuera, de una distinta organización de los órganos que deben resolverlos, de modo que esas resoluciones ofrezcan una confianza razonable.

Es este extremo fundamental, en el que quiero insistir comenzando por recordar que hace años ya fue puesta de relieve entre nosotros (L. MARTÍN-RETORTILLO) la experiencia de los Tribunales *administrativos* ingleses, insistiendo en la amplia gama de variantes que allí se dan al margen de las estrictamente judiciales. En nuestro propio ordenamiento, recuérdese como Juan Francisco CAMACHO, en una decidida apuesta por la juridización de nuestra Hacienda pública, estableció en 1880 el sistema de las reclamaciones económico-administrativas: respondiendo a la línea que se señala, diferencia —y el dato es fundamental—, la vía de gestión de los tributos, de la de resolución de las reclamaciones que contra ella se formulen. Esta se llevará a cabo por Tribunales colegiados, integrados por criterios profesionales. Es solu-

ción significativa que no se da en los otros ámbitos de la Administración, en los que la vía de resolución de los recursos administrativos es la misma que la de gestión. Lo mismo puede decirse de la experiencia originaria de los Jurados Provinciales de Expropiación cuya integración, bajo la presidencia de un Magistrado e, incluso, con "representantes" de los expropiados, era garantía de imparcialidad. Hasta el extremo, que no resultaría práctica desconocida que la Administración expropiante hubiera de proceder a la declaración de lesividad de sus fallos. Fórmula de los Jurados que, por cierto, esta arrumbándose con los establecidos por muchas Comunidades autónomas, integrados muy señaladamente por funcionarios de las mismas.

En el mismo sentido, quiero recordar con un cierto detalle el reciente supuesto del Consell Tributari del Ayuntamiento de Barcelona (J. TORNOS) que, por su alcance ejemplificador, merece especial atención. La LBRL, un tanto incomprensiblemente, entendiendo que limitaba la autonomía municipal, suprimió las reclamaciones económico-administrativas frente a los actos de naturaleza tributaria de los entes locales: los administrados se veían así necesariamente abocados a acudir a la vía contencioso-administrativa, recurso lento y caro. Planteándose su propia organización el Ayuntamiento de Barcelona, introdujo con evidente imaginación y acierto la intervención de un nuevo órgano consultivo que se creaba, el Consell Tributari: integrado por Magistrados, Profesores universitarios, funcionarios públicos, etc. se configura como órgano de asesoramiento del Alcalde, preceptivo, aunque no vinculante en la resolución de los recursos de reposición en materia de aplicación de tributos, precios públicos, otros ingresos también de derecho público, recaudación de los mismos y que, posteriormente, se ha ampliado al conocimiento de la recaudación de multas. Asesoramiento con independencia y objetividad, conforme a una fórmula que recuerda la adoptada en Francia al establecerse el Consejo de Estado. Y la fuerza de la institución ha radicado en la aceptación por el órgano con competencia resolutoria, el Alcalde, de los Informes del Consell: hasta el momento lo ha hecho en el 99% de las propuestas habiéndose informado más de 16.000 recursos y, aunque no hay datos definitivos al respecto, ha estimado total o parcialmente más del 40% de las reclamaciones formuladas.

La Administración pública tiene que ganar credibilidad en la resolución de los recursos administrativos. La tarea no es difícil, si se encomienda a órganos de verdad independientes que, por su prestigio y su saber, alcancen la *auctoritas* necesaria. Requiere no escasa imaginación y, muy señaladamente, abandonar la peregrina y arraigada creencia —insistiré sobre ello— de que sólo un órgano totalmente al

margen de la Administración pública pueden ofrecer soluciones en Derecho con la debida imparcialidad e independencia a los conflictos que con ella pueden mantenerse.

Hace ya muchos años que K. LOEWENSTEIN, preocupado siempre por el tema de los controles del Poder, escribió en relación con el tema que nos ocupa: "En casi todos los Estados ha quedado probado como infundado el miedo inicial a que los tribunales establecidos por el Gobierno mostrasen una clara parcialidad gubernamental; los tribunales administrativos se han mantenido tan independientes como los tribunales ordinarios. Además, no se puede negar que quienes componen estos tribunales, están mejor capacitados que los tribunales ordinarios, en virtud de su especial formación y experiencia, para conocer los detalles técnicos de la Administración y del Derecho administrativo". Argumentación irreprochable sobre la que T.R. FERNÁNDEZ y E. GARCÍA DE ENTERRÍA han insistido entre nosotros. Este último autor reitera la necesidad de una apuesta decidida en favor de mecanismos de esas características, "tribunales" de este orden administrativo, dotados de efectiva imparcialidad e independencia, especialmente en determinadas materias (personal, tributarias, justiprecios expropiatorios, sanciones y otras semejantes), para liberar efectivamente a los Tribunales de la jurisdicción de cúmulo de asuntos que les impiden hacer una auténtica justicia, es decir, una justicia en tiempo real, y no una justicia meramente histórica, absolutamente inefectiva las más de las veces. Ello requiere, inexcusablemente, añade, formas diferentes de administrar, renuncia decidida al uso instrumental del poder público que es, en realidad, lo que alimenta la imparable conflictividad en la que radica la causa última de todos los problemas.

Los distintos procedimientos administrativos, tanto en vía de gestión como en vía de recurso, deben tener el alcance que deben tener; no ser simple y formal cumplimiento de unos trámites como habitualmente ocurre. También, incorporación en la medida de lo posible y con la consistencia debida de las soluciones de participación existentes en otros ordenamientos que, como se dijo, tratan de evitar la lesión, no sólo de repararla.

4. Renuncia, sí, a la forma habitual de administrar. Asimismo, y con no menor empeño, el cambio que con el fin de reducir el acceso a la jurisdicción se postula, debe hacerse realidad a muy distintos niveles.

En los administrados: deben comenzar ponderando cuál sea el alcance de la jurisdicción, y cuál la finalidad para la que en efecto está establecida. Y, sobre todo, asumiendo que deben cumplir la ley.

El número de recursos jurisdiccionales no encuentra su causa únicamente en esas situaciones patológicas que genera el referido "uso instrumental del poder público", cuya existencia no cuestiono. Hay algo más; mucho más. Los datos recientemente aparecidos en los medios de comunicación bajo el epígrafe de lo difícil que resulta vencer en juicio a la Hacienda pública, avala lo que se dice, en cuanto refieren que los Tribunales de Justicia han desestimado a lo largo del año 2000 más del ochenta por ciento de los recursos planteados contra resoluciones de la Agencia tributaria. No todo lo que resulta restrictivo y gravoso es contrario a Derecho. No recurrir por recurrir, es preciso ser conscientes que no cabe esperar que la jurisdicción contenciosa no puede solventar siempre a su favor muchas de las pretensiones que se le plantean.

Cambio de actitud también, y de modo muy señalado en quienes asesoran a los recurrentes: deben discernir razonablemente la procedencia o no de la vía jurisdiccional, hipótesis esta última cuyo sólo planteamiento puede resultar insólito entre nosotros. Hay que ser muy claro al respecto, pues se trata de cuestiones que, en ocasiones, rozan incluso aspectos deontológicos relacionados con el ejercicio de la profesión. En relación con lo que se dice, se han recordado recientemente (L. MARTÍN-RETORTILLO) algunos supuestos habidos, en el ámbito del Tribunal Europeo de Derechos humanos, realmente aleccionadores: los recurrentes, ingleses, no habían cumplido con la exigencia de agotar previamente los recursos internos para el acceso al referido Tribunal. El interesado —se expresa en las Sentencias— fue asesorado jurídicamente en su momento en el sentido de que nada cabía esperar del control judicial, dada la correcta aplicación que se entendía había hecho de la ley el órgano administrativo correspondiente. Es el abogado quien aconseja que no se ponga en marcha un recurso. Y, adviértase, que esta circunstancia no servirá de apoyatura al abogado del Gobierno inglés para alegar ante el Tribunal de Estrasburgo el no agotamiento de las vías internas, sin que éste, a su vez, recoja la posible causa de inadmisibilidad de no agotamiento de la vía interna... por consejo de un abogado. Es este el que asesora indicando que que no hay perspectivas de éxito al recurrir en vía jurisdiccional. Supuesto aleccionador, realmente razonable y que, como he señalado, cabría calificar de insólito entre nosotros.

Cambio de mentalidad, también, por parte de los propios Tribunales que deben comenzar por la adopción de todas las medidas disuasorias que la ley les permite para el acceso a la jurisdicción, que no son pocas. También, para reducir el número de recursos: la permanente e injustificada negativa a acceder a la acumulación de los

mismos, especialmente en algunas materias —tributarias, funcionariales, etc.—, podría ayudar en la tarea: constatada la existencia real de las circunstancias establecidas en la LJ para proceder a la acumulación, la negativa no puede explicarse sino por el afán puramente formal de no reducir el número de los recursos.

5. Las cuestiones sobre la que trato de reflexionar no pueden quedar limitadas, sin embargo, a los términos referidos. Se han señalado procedimientos y fórmulas con el fin de que, reduciendo el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa, resulte efectiva. No obstante lo que de verdad hay que plantearse es hasta que punto sigue siendo válido que esa tutela continúe pivotando básicamente sobre el sistema jurisdiccional. Es tema que, desde luego, puede representar un giro radical en la formulación habitual de estas cuestiones y que, realmente, constituye su núcleo central.

En relación con ello, una primera precisión, diríase, que casi con carácter previo. Viene impuesta por el encuadramiento en el que necesariamente hay que situar el tema: la protección del status de los ciudadanos, hay que establecerla en el marco del control del proceder de la Administración pública. Frente a la generalizada tendencia a judicializar esta tarea, convendrá recordar que son muchos los mecanismos que al respecto se derivan directamente de la Constitución. Control de las Administraciones públicas, defensa también, es cierto, de las situaciones jurídicas de los ciudadanos, posible a través de un sin fin de mecanismos conocidos, de muy distinta naturaleza, de efectividad incuestionable, entre los que además hay que considerar pues son importantes, los establecidos en el ámbito del derecho europeo. No los referiré en detalle. Resaltar tan sólo en ese sentido que, a la postre, la cláusula general del art. 106 CE, resulta obligado encuadrarla entre uno de esos controles. Insistir en destacar el contexto en el que hay que encuadrar el sistema mismo de la jurisdicción contencioso-administrativa, para deducir del mismo todas sus consecuencias, saliendo así al paso de la generalizada tendencia a reclamar, casi con carácter exclusivo, la vía judicial para la resolución de los enfrentamientos entre la Administración y los ciudadanos. No cabe prescindir de otros cauces que igualmente pueden permitir resultados efectivos. Aparte, que el reclamo generalizado y exclusivo que se postula de la vía jurisdiccional —deseado, acaso, por el activismo de algunos jueces en particular— supone encomendarles cometidos que no les son propios, para los que no están preparados y que nada aportan ni pueden aportar en la tutela de las situaciones jurídicas de los ciudadanos.

Hay también un segundo aspecto a considerar. Se trata de cuestionar hasta que punto la jurisdicción contenciosa puede llevar a cabo,

de verdad, y *en toda su extensión*, la tutela efectiva de los derechos e intereses de los ciudadanos. La respuesta al interrogante anterior, adelantémoslo ya, va a introducir un inequívoco coeficiente reductor por lo que se refiere a las posibilidades de aquélla, resultado directo de la relativización que, con raíces profundas, en definitiva, no es, sino consecuencia directa del déficit de lo *jurídico* que ya notara CARNELUTTI para la resolución de los conflictos sociales.

6. Es desde esta última perspectiva desde la que ahora pretendo reflexionar.

Comencemos por encuadrar el tema en sus justos términos, preguntándonos cuál es en nuestros días el status de los ciudadanos, cuya garantía es preciso tutelar frente a la Administración. ¿Cuál el alcance que al respecto puede ofrecer la jurisdicción contencioso-administrativa? Es cuestión que, una vez más, obliga a considerar el proceso de formalización histórica de la tutela y protección de esas situaciones jurídicas.

Habrà que recordar, inicialmente, cómo en la doctrina de los derechos públicos subjetivos, elaborada principalmente por la doctrina alemana del XIX, está muy presente, como es sabido, la concepción kantiana de la persona y de sus derechos. Estos, inmanentemente vinculados a la misma, serían como una especie de "envoltura", un a modo de burbuja protectora que determinaría el status de la misma (U. CERRONI). Podrá ser más o menos amplia; en cualquier caso, es la que establece los confines, los límites de los derechos. Cualquier actuación de terceros que incida en esos confines, representa una agresión; una lesión. Y cumple al ordenamiento jurídico arbitrar los oportunos cauces de reacción para restablecer esa situación que se entiende lesionada; incluso, cuando esa incidencia, que es lesión, procede del Estado. Éste último, y no otro, es, muy sucintamente referido, el esquema al que responde la doctrina misma de los derechos públicos subjetivos.

El sistema de lo contencioso-administrativo ha sido y es, el cauce jurídico puesto a disposición del ciudadano para el restablecimiento de la lesión que deriva de esa inmisión de los Poderes públicos en la esfera de sus derechos. Tiene siempre un evidente carácter reparador: es necesario que la agresión —que es lesión— se haya producido. Un esquema que continua siendo plenamente válido cuando al considerar el status de los ciudadanos, se postula que en él, además de derechos, concurren también otras situaciones subjetivas que no alcanzan ese grado, como pueden ser los intereses, más o menos calificados. En todo caso, es siempre tutela de situaciones subjetivas que han sido lesionadas. El proceso de ampliación de la jurisdicción hará

que por esta vía, la tutela alcance también a anular lo actuado por la Administración como consecuencia de la no corrección jurídica de ese actuar, "imponiéndole", incluso, determinados comportamientos: la sustitución del nombramiento de un funcionario, la fijación de un determinado justiprecio en un expediente expropiatorio o la anulación de una licencia. En relación con casos como los señalados, y con otros de análogo sentido, la jurisdicción juega un papel incuestionable. Es algo que esta fuera de toda duda. Pero, ¿para otros muchos supuestos? ¿Como hacer entonces efectiva la tutela de las situaciones jurídicas de los ciudadanos?

Frente al esquema expuesto, ya desde antiguo, se advertirían dos carencias muy notables en la búsqueda de esa protección por medio de la jurisdicción contenciosa; obligaran a arbitrar una serie de fórmulas convencionales para tratar de abordarlas.

En primer lugar, es la no actuación de la Administración, su inactividad: ¿qué hacer cuando aquélla, aun siendo debida, mantiene una posición de pasividad? Nuestra doctrina se ocupó hace años de las situaciones así creadas (A. NIETO), y si bien es cierto que, especialmente en los últimos tiempos, se han establecido distintas fórmulas para forzar determinados comportamientos o, incluso, deducirlos a través de esa pasividad en un determinado sentido, obligado resulta reconocer que estas situaciones siguen constituyendo una de las grandes lagunas del sistema administrativo (V. AGUADO CUDOLÁ; F. GONZÁLEZ NAVARRO), desde la perspectiva de hacer realmente efectivos los derechos e intereses de los ciudadanos.

En segundo lugar, y habida cuenta que el Estado de Derecho supone sí, un respeto a las situaciones jurídicas de los ciudadanos pero que, además, avala y garantiza con análogo vigor el derecho a unas determinadas prestaciones, se plantea la cuestión de su exigencia en términos jurisdiccionales. ¿Cómo hacerlas efectivas? Se trata de prestaciones debidas, como pueden ser en materia educativa, sanitaria o de transportes, que la conciencia social demanda, incluso con más amplitud, y no con no menor energía, a como puede requerir la cancelación de una multa o el otorgamiento de una concesión, advirtiéndolo además que mientras estas últimas situaciones no son referibles a la mayor parte de los ciudadanos, en cuanto que por lo general sólo conciernen a ámbitos muy reducidos, las otras que señalo se presentan referidas a una auténtica universalidad de sujetos. ¿Cómo hacerlas reales?

La exigencia de estas prestaciones, en algunos supuestos, podrá alcanzarse ciertamente a través de los complejos procedimientos establecidos para la tutela de los derechos fundamentales. No lo discuto.

En cualquier caso, no es frecuente que el ordenamiento jurídico sancione un derecho jurisdiccionalmente exigible para la efectividad de las concretas prestaciones que la Administración debe llevar a cabo. En ocasiones, y en fecha reciente, podemos encontrar supuestos en los que se habilita la posibilidad de su reconocimiento jurisdiccional: así, en materia local. La vigente LRBRL, establece en el art. 26 los servicios que han de prestar los Municipios, bien por sí o asociados, según el número de habitantes: alumbrado, limpieza viaria, abastecimiento de agua, etc. etc., señalando el art. 18 como uno los derechos de los vecinos "exigir la prestación y, en su caso, el establecimiento del correspondiente servicio público", cuando constituya una competencia municipal de carácter obligatorio, y cuya cobertura financiera deberá estar prevista en los correspondientes Presupuestos municipales. La fórmula supone un paso importante; máxime, a la vista de una reiterada Jurisprudencia que en términos inequívocos ha reconocido el referido derecho. No obstante, es de señalar las dificultades que en la práctica ha suscitado siempre la ejecución de todas esas Sentencias en los términos que ya ha puesto de relieve la doctrina. En todo caso, el reconocimiento de un derecho jurisdiccionalmente exigible a determinadas prestaciones administrativas queda circunscrito a ámbitos en extremo reducidos.

Desde la misma perspectiva, cabe advertir también que el tema alcanza todavía mayor complejidad si consideramos el muy distinto nivel con el que pueden realizarse las diferentes prestaciones administrativas. No se trata sólo de que se lleven a cabo, más o menos formalmente. Es exigible que sean en efecto operativas y, al menos, se realicen con un nivel medio. A estos efectos, el sistema contencioso-administrativo sigue siendo en buena parte inoperante: como se ha señalado (L. MARTÍN REBOLLO), no sirve para que las cartas lleguen antes, ni para que las carreteras estén en debidas condiciones o las escuelas funcionen mejor. El tema, importante, cabría abordarlo desde luego por la vía indirecta de la posible exigencia de responsabilidad, en los términos que E. GARCÍA DE ENTERRÍA señalara hace ya muchos años: fórmula de plena operatividad, pero en relación con la cual hay que ser muy conscientes que, además de su complejidad, sólo podría operar en situaciones extremas.

La obligada actividad prestacional de la Administración y los supuestos de inactividad, siguen constituyendo dos grandes carencias que el sistema jurisdiccional ofrece para la tutela efectiva de las situaciones de los ciudadanos.

7. Los posibles *déficits* del sistema jurisdiccional no concluyen con lo dicho. Hay ámbitos, de muy notoria importancia, en los que en

cierto modo es difícil que penetre. Es realidad de la que, guste o no, no cabe olvidarse.

La cláusula general del art. 106 CE impone, desde luego, que nada de lo actuado por la Administración pueda ser excluido del conocimiento de los Tribunales de Justicia. No obstante, y por muy insistentemente que se postule el sometimiento pleno de aquélla a la ley y al Derecho (art. 103 CE), hay que reconocer que actuaciones importantes de aquélla —y del Gobierno—, quedan al margen de ese conocimiento; sencillamente, porque aun afectando a las situaciones de los ciudadanos, en buena medida no son confrontables con el ordenamiento jurídico. Hay que reconocerlo así. Más todavía: habida cuenta las características de la Administración de nuestros días, diríase que es realidad que se consolida de modo creciente.

En primer lugar, debe reconocerse la sanción constitucional de un margen de decisión autónomo del propio Gobierno, sin que ello suponga exclusión alguna de su sometimiento al Derecho. Reconocimiento de un espacio reservado, lo mismo que lo tienen los otros órganos constitucionales, y que deriva del juego mismo del principio de división de Poderes que sanciona el texto constitucional. Entra aquí en juego, es fácil advertirlo, el siempre debatido tema de los límites del Poder judicial para conocer de las controversias que susciten determinadas actuaciones del Poder Ejecutivo. Y no sólo para conocerlas y enjuiciarlas; también, y en su caso, para sustituirlas. ¿Hasta qué punto? Naturalmente, no voy a entrar aquí en este último extremo. De todos modos hay que reconocer que existen esos límites al enjuiciamiento por el Poder judicial: una cuestión que no cabe desvincular de la que está en su base, y que no es otra sino la de los límites del propio ordenamiento jurídico.

Quede claro: el reconocimiento de los límites que acabo de referir en modo alguno supone revivir la doctrina de la discrecionalidad administrativa como reducto exento al control de los Tribunales. Una posición que resulta insostenible desde la LJ de 1956; reconocimiento, sin lugar a dudas, del control de la actividad discrecional, que tras un zizagueante proceso, consolidaría plenamente nuestra propia Jurisprudencia, debiéndose destacar en todo caso muy favorablemente el grado de penetración que ha alcanzado en ámbitos muy distintos; en algunos, como en el urbanismo, con muy notorio alcance al amparo de la doctrina de la desviación de poder (J. DELGADO). No hay pues que insistir en ello. A mayor abundamiento, el TS ha dado acogida también a distintas fórmulas para enfrentarse con la posible arbitrariedad de la Administración en los términos que reiteradamente ha señalado T. R. FERNÁNDEZ.

No es pues ésta la cuestión. En el reconocimiento de los límites que se señalan a la jurisdicción, tampoco se trata de retomar el viejo y equívoco criterio que resulta del dilema legalidad-oportunidad, que vetaría cualquier enjuiciamiento desde esta segunda perspectiva. Menos aún, de reverdecer, ni mínimamente siquiera, el criterio de la "razón de Estado" al que, en última instancia, pudo responder la doctrina de los actos políticos: apoyada en la valoración de un posible móvil de esta naturaleza, a la postre, terminaría por sancionar la práctica exclusión de buen número actuaciones de los Poderes públicos del control de los Tribunales. En algunos ordenamientos, como en el nuestro, daría lugar a tan críticas y condicionantes consecuencias. La lista de los llamados actos políticos ha venido reduciéndose progresivamente desde hace muchos años y no ha cesado de encogerse "como una piel sin curtir" (WALINE). Hasta el extremo, que ya en 1952 VIRALLY pudo hablar del "inencontrable acto de gobierno". Una afirmación que por su misma generalidad, no ha dejado de ser objeto de crítica en la propia doctrina francesa: P. WEIL ha cuestionado el excesivo y equívoco optimismo que encierra; G. VEDEL, contrario naturalmente al mantenimiento de la categoría de los actos políticos se ha planteado *ce qui reste de vrai de la notion d'acte de gouvernement*: en cualquier caso —dice—, no resulta conveniente dramatizar el hecho de reconocer una zona inaccesible al juez administrativo; la exige la propia realidad y no presenta ya la peligrosidad que antes ofreciera. Aparte —añade—, que resulta conveniente la persistencia de una cierta válvula de seguridad a la limitación de la acción gubernamental por el derecho: demasiado rígido, el control corre el riesgo de que no pueda resistir la presión del Poder.

Se trata de situaciones que están ahí; no cabe desconocerlas. Es difícil su enjuiciamiento por la jurisdicción contenciosa. Cuestiones que, por otra parte, se presentan de modo creciente, tanto en el contexto de una Administración intervencionista, como en el de una Administración privatizadora. Y junto a las actuaciones que habitualmente se reconoce que quedan al margen de la jurisdicción —relaciones del Gobierno con los otros órganos constitucionales, en el ámbito de las relaciones internacionales y otras de análogo significado—, nos encontramos con otras muchas reiteradas en la vida real, en ámbitos de muy notoria trascendencia económica y social que resultan difícilmente enjuiciables por los Tribunales. No es fácil reconducir al sistema de lo contencioso-administrativo extremos tales como la anchura que debe tener un determinado puente; la fijación del posible itinerario de una manifestación; las líneas de transporte de viajeros que debe ceder la empresa adjudicataria de la privatización de una empresa pública; muchas cuestiones en materia de política económica, como la

dimensión que deben tener las empresas de un determinado sector —grandes, medianas o pequeñas— para ser subvencionadas; o los porcentajes de generación, distribución y comercialización, que deben mantener dos empresas hidroeléctricas para que se autorice su fusión. Son, entre otras muchas, actuaciones difícilmente controlables por los Tribunales: es difícil que el derecho llegue a ellas. Como tampoco llega, dígame lo que se quiera, y a pesar de los esfuerzos que principalmente viene realizando la doctrina alemana de nuestros días y la Jurisprudencia de la Unión europea, a no pocas de las cuestiones —no a todas ciertamente—, relacionadas con el tema de la competencia, tan condicionantes como es sabido en nuestros días.

A lo que se dice, debe unirse el progresivo significado que ofrecen muchas determinaciones estrictamente técnicas que hoy día constituyen la base de numerosas resoluciones administrativas, sin que ello suponga resucitar la vieja temática de la discrecionalidad técnica, ni marginar el obligado y lógico control que sobre los hechos debe ejercer la jurisdicción; son, simplemente, pronunciamientos que no cabe sean revisados por los Tribunales y que, como se ha señalado (D. SORACE), la propia Administración adopta con frecuencia, decidiendo a la vista de opiniones técnicas diferentes sobre la graduación del benzopireno que puede tener un aceite para retirarlo del mercado, o sobre las características de la peste porcina para cerrar una granja. Se insiste: no se excluye que el Juez pueda constatar siempre la existencia de los presupuestos de hecho requeridos para el ejercicio correcto de las funciones administrativas, aun expresados a través del correspondiente concepto jurídico indeterminado. Se trata, simplemente, de no forzar el sistema contencioso-administrativo para que enjuicie —o, al menos, intente— una serie de extremos que son difícilmente confrontables con el Derecho. Además de inútil, supone desvirtuar ese sistema en aras de una finalidad para la que evidentemente no sirve, y para la que, en definitiva, no fue establecido.

Los que vengo exponiendo constituyen déficits notables de la cobertura que puede ofrecer la jurisdicción contencioso-administrativa para la tutela de las situaciones jurídicas de los administrados; en definitiva, vienen a evidenciar la insuficiencia de esos cauces. Es preciso ser consciente de ello: y asumiendo esa realidad, establecer en la medida de lo posible, y con la imaginación suficiente, los que más puedan ayudar a tal fin. No cabe empecinarse en forzar siempre la vía jurisdiccional: ello supone seguir golpeándose la cabeza contra el mismo muro.

8. No cabe la menor duda que el derecho debe seguir siendo la vía normal para solventar la resolución de los conflictos entre los ciu-

dadanos y la Administración evitando así la presión política o los cauces violentos. No obstante, es preciso completar la línea argumental que trato de referir: que con no menor radicalidad de lo que acaba de señalarse sobre el papel del derecho, es obligado reconocer también la insuficiencia en no pocas ocasiones de los cauces que en tal sentido ofrece: sirven, para lo que pueden servir.

Entramos así en consideraciones que sitúan el tema en ámbitos muy diferentes a los habituales. Orientar buena parte de la temática de la tutela de las situaciones jurídicas de los ciudadanos por vías distintas, con el fin de que sea efectiva y real, es tarea en la que debe insistirse. Hay que enfrentarse, pues, con un conjunto de hipótesis muy distintas; también, de muy diferentes alternativas. Muchas de ellas inconcretas ciertamente; no obstante resulta obligado ponderar.

La que se propone es, desde luego, tarea importante; y difícil. En relación con ella, como tantas veces ocurre, aun sabiéndose lo que no sirve, resulta difícil precisar lo que en efecto debe hacerse. En todo caso, reitero que no todas las situaciones jurídicas de los ciudadanos —hago especial hincapié en el calificativo—, aunque parezca un contrasentido, son *jurídicamente* tutelables. Ningún sentido tiene, por su inoperancia, seguir apostando a ultranza por un juridicismo exclusivista: el Derecho debe ordenar, ciertamente, las relaciones entre los Poderes públicos y los ciudadanos, conscientes en todo momento que de muy poco sirve para la resolución de no pocos de los conflictos que surgen de esas relaciones. *Tempo perso*, pudo escribir jurista tan eminente como F. CARNELUTTI tras muchos años de dedicación al Derecho, en cierto modo como anticipo de su conocido planteamiento sobre la *muerte del derecho*, en cuanto buena parte de los conflictos reales a resolver, dice, escapan del ámbito de lo jurídico. Y sin asumir naturalmente los juicios expuestos, hay que relativizar, y relativizar muy mucho, el significado de lo que el derecho puede ofrecer.

No se pretende ofrecer una respuesta definida a la problemática planteada, simplemente, trataré de reflexionar sobre algunos extremos que pueden ayudarnos a la apuesta decidida para alcanzar la protección efectiva de las situaciones de los ciudadanos. Una realidad que es preciso abordar, *además*, mediante el concurso reiterado y concurrente de fórmulas de muy distintas naturaleza, entre las que no deben faltar las de carácter estrictamente político. Y apuesta decidida, sobre todo, para la creación de una conciencia social que evite la restricciones lesivas de esas situaciones. Entiendo que esto es lo que importa.

Los sistemas para constatar las relaciones entre la Administración y los ciudadanos, requieren, ante todo, de una auténtica conciencia

social que evite o, al menos, reduzca en la medida de lo posible las tensiones habituales en esas relaciones. Es lógico que tiene que haberlas; naturalmente. Se trata sin embargo de establecer las bases para que el enfrentamiento no sea su característica normal. Creación de una conciencia social que debe partir, en primer lugar, de superar la habitual tensión de confrontación en las relaciones entre la Administración y los ciudadanos, estableciéndolas sobre bases de colaboración y entendimiento. Recuperar la conciencia de la legitimación de lo público; es imprescindible: la Administración actúa, es cierto que con carácter fiduciario, al servicio de los intereses generales (art. 103 CE). Intereses generales, intereses públicos, incluso, el bien común de la doctrina tomista, son expresiones de alcance distinto, pero que hay que asumir con el sentido que todas ellas tienen. Cuando la Administración actúa, no expresa, como habitualmente se cree, la voluntad arbitraria de los detentadores del poder frente a los ciudadanos: debe expresar, y así lo hace habitualmente, el interés general. Lo público, no puede valorarse exclusivamente en su versión patológica, que nadie niega que exista: no toda incidencia en las situaciones jurídicas de los ciudadanos coarta lesivamente su libertad. Es algo que conviene tener muy claro.

Abandono, pues, de los prejuicios hacia lo público como primer paso para la creación de esa conciencia social que vengo refiriendo.

En según lugar, necesidad de clarificar el sentido —y el alcance—, de la autonomía del ciudadano; diría, incluso, de la persona, *conforme a los datos que cabe obtener del contexto mismo del momento en el que se vive*. El ciudadano, además de sus derechos y de su libertad, que nadie cuestiona, tiene igualmente una serie de obligaciones y de cargas, en los términos que expresan un sin fin de textos, desde el art. 10.2 del Convenio de Derechos humanos. Es algo que con frecuencia se olvida a la vista del auténtico empacho con que, en ocasiones, se reclaman los derechos que se creen propios. Y necesidad, también, de salir al paso, por su inconsistencia y por su falta de rigor, de los juicios despectivos que se hacen de los planteamientos que recuerdan que los ciudadanos, además de sus derechos, tienen deberes y obligaciones, a los que frecuentemente se califican de fascistas o reaccionarios (*sic!*).

Recuérdese también, a mayor abundamiento, que los derechos tienen todos el límite de los derechos de los demás: desde una perspectiva jurídica, en los términos que establece el art. 10 de la Constitución; pero límites, también, desde las exigencias a las que obliga la simple convivencia. La ley de la reciprocidad es la llamada regla de oro de la convivencia desde una perspectiva ética: “lo que

quieras para ti, quíerelo para los demás" (M. VIDAL). Y a través de ello consolidación de una ética civil, no sólo sobre la base de lo lícito y de lo ilícito: también, de una ética del deber, del como responder en el ejercicio de los derechos a las exigencias de los demás, del como construir una sociedad responsable (C. M. MARTINI).

La creación de esa conciencia social debe comenzar por rechazar la infracción de la norma como práctica habitual de comportamiento. ¿Qué decir de no pocos de los comportamientos ciudadanos que intencionadamente rozan las lindes de lo ilícito, sencillamente, para ver si, como tantos otros, no son objeto de sanción? Y los comportamientos es algo que se aprende; claro, si se enseñan. Frente a la jungla de la circulación madrileña y la inoperancia de quienes deben evitarla, ¿es que no es del todo distinta la situación en otras muchas ciudades españolas? Evitar las restricciones lesivas a las situaciones jurídicas de los ciudadanos, partiendo de la observancia misma de las normas que impone la ley y, en ocasiones, las exigencias de la propia convivencia.

Ayuda también importante a estos efectos, sería que la Administración hiciera efectivos, de verdad, los que vienen llamándose "principios de buena administración". No planteo ahora el alcance jurídico de las normas que los sancionan, cuyo cumplimiento es exigible y debe dar lugar, en su caso, a las responsabilidades correspondientes. Planteo algo distinto y mucho más simple: no es sino la incidencia que en relación con no pocas situaciones supondría que el comportamiento de la Administración se ajustara a las obligaciones de información, responsabilidad, orientación de los requisitos jurídicos exigibles, trato respetuoso y deferente y otras muchas que las leyes señalan.

Y concluyendo el cuadro que trato de exponer, hacer especial hincapié en una perspectiva que se olvida con frecuencia: son los propios ciudadanos los primeros agentes que con sus comportamientos deben tutelar sus propias situaciones jurídicas. La sociedad misma, controlando a la acción de los Poderes públicos; también, garantizando los derechos de sus ciudadanos. Aludí antes a la preocupación de K. LOEWENSTEIN por el tema del control de los Poderes públicos. Y desde ésta perspectiva, analiza el sistema de controles del Poder: junto a los que califica como controles horizontales, controles internos en los distintos Poderes del Estado y entre ellos mismos, también, los controles verticales: federalismo, garantía de la libertad, pluralismo, donde tienen cabida los que cabe considerar como controles sociales. Es tema este último que asume, ciertamente, con no pocas cautelas, siempre necesarias, frente al poder desenfrenado de las organizaciones corporativas, de los grupos de intereses económicos o religiosos.

En todo caso, es posibilidad que está ahí. Las propias fuerzas sociales como garantía de la efectividad misma de los derechos de los ciudadanos. Es grande el papel a desempeñar: cuerpos intermedios, movimiento asociacionista, medios de comunicación, etc. Sus postulados, en no pocas ocasiones, estarán desde luego, más o menos dirigidos al logro de finalidades, también más o menos espúreas. Ciertamente no es trigo limpio todo lo que reluce. Es precisa una buena dosis de discernimiento. Ahora bien, debidamente asumida, el balance del papel de la propia realidad social en la defensa efectiva de las situaciones jurídicas de los ciudadanos, puede ser en extremo positivo, máxime si se encauza hacia la creación y desarrollo de una ética civil en los términos que antes señalé.

Son, pues, fórmulas, medidas y actuaciones muy distintas: todas ellas convergentes en hacer realidad la efectiva protección de las situaciones jurídicas de los ciudadanos. Tutela sí de esas situaciones frente al Estado; pero también, en ocasiones, y con no menor intensidad, frente a distintas fuerzas sociales.

Y en la creación de esa conciencia social a la que vengo aludiendo, el derecho, además del papel que debe desempeñar puede jugar también papel importante. Thomas MERTON, luchador infatigable por el reconocimiento de los derechos de la población negra en Estados Unidos, se preguntaba, desde una perspectiva operativa, para qué servía la ley de los derechos civiles. La respuesta, sin embargo, debía ser mucho más compleja que la que él ofrecía: "para que el negro al que le niegan una coca-cola, decía, pueda interponer una demanda ante la Corte Suprema". No lo cuestiono; en todo caso, es poco, muy poco desde luego. No obstante habrá que reconocer que desde esa ley, que expresaba ya un determinado estado de opinión, precisamente desde esa ley, y no sin altibajos, se ha logrado crear una conciencia social en la que de modo muy sustantivo se ha cancelado la causa última de la agresión, de la discriminación en nuestro caso: que no era otra, así de simple, que le negasen la coca-cola. Y esto es de lo que se trata: lograr que sea esa conciencia social la que principalmente rechace la lesión de las situaciones jurídicas de los ciudadanos.