

CAPÍTULO CUARTO
LA LUCHA POR UN EFICAZ SISTEMA
DE CONTROL

I. Introducción	65
II. Los procesos ante la jurisdicción ordinaria	67
1. Los tribunales ordinarios, guardianes de la libertad	67
2. Los delitos contra la libertad	68
3. La vía de hecho.	75
III. El proceso administrativo.	78
1. Los sujetos del proceso.	80
2. El objeto del proceso	85
3. Los presupuestos del proceso	87
4. Procedimiento	90
5. Los efectos del proceso	93
IV. Otros sistemas de control	99
1. Idea general	99
2. El <i>ombudsman</i>	99
3. Crítica	100

CAPÍTULO CUARTO

LA LUCHA POR UN EFICAZ SISTEMA DE CONTROL

I. INTRODUCCIÓN

El magno problema del derecho administrativo ha sido instaurar un sistema de garantías que hicieran efectivo el principio de sumisión de la administración al derecho. Lograr que la administración se sometiera al derecho y que, prescindiendo de sus prerrogativas, accediera a aparecer como parte procesal a la hora de la revisión jurisdiccional de sus actos, ha sido una hazaña gigantesca que ha costado siglos. La evolución es de sobra conocida por todos. Como también el hecho incontrovertible de que, siempre que puede escapa de esa fiscalización a través de los procedimientos más diversos. Desde el claro y diáfano de excluir determinadas categorías de actos, al sinuoso y taimado de crear una serie de obstáculos antes de llegar a la revisión jurisdiccional, con la esperanza de que el recurrente tropiece en alguno de ellos.¹

Realmente, el derecho administrativo ha ido depurando un sistema de control, con esa pieza clave que es el contencioso-administrativo, que, con todos sus defectos, ha garantizado en líneas generales la sumisión al derecho.

No existe ni ha existido otra institución que pueda parangonarse al juez administrativo en la salvaguarda de los derechos

¹ Me remito a mi trabajo “Hacienda y proceso”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1968, p. 628.

fundamentales. La excelsa función del juez adquiere toda su plenitud en el proceso administrativo. Porque en él, a diferencia de otros procesos, se intenta la composición de un litigio producido entre partes situadas en planos de manifiesta desigualdad. No es ya la desigualdad económica o social que puede darse —y de hecho se da— en otros procesos. Es la desigualdad sustancial entre un sujeto desprovisto de toda prerrogativa pública y otro investido de todos los poderes.

Pero los instrumentos en que se concreta ese sistema de control, están pensados para una administración muy distinta de la administración súper interventora de nuestros días. Responden a una concepción en que al individuo le importa más garantizar su libertad que la eficacia de unos servicios. De aquí que se haya puesto en tela de juicio el sistema tradicional y que al lado del mismo hayan aparecido otras instituciones de control, que han deslumbrado a sectores importantes de la doctrina.

¿Hasta qué punto es exacta esta desconfianza hacia el sistema tradicional y está justificada la esperanza puesta en las nuevas instituciones?

En el sistema tradicional de los regímenes administrativos, la defensa del administrado frente a los ataques a su libertad se ha estructurado en dos direcciones: una, la de los procesos ante la jurisdicción ordinaria, al igual que frente a otro particular; otra, la del proceso especial administrativo, al igual que frente ante la jurisdicción ordinaria se utiliza con muy distinta amplitud y finalidad, según los ordenamientos.

Primero: cuando existe un acto dictado por un órgano administrativo, que legitima la actuación material de un agente o delegado de la administración, no queda otra vía de defensa que la del proceso para lograr la declaración de nulidad a anulación del acto. Aun cuando la regla general es que el proceso con esta finalidad sea el contencioso-administrativo, los ordenamientos previenen la intervención del juez ordinario, a través de los procesos comunes, con arreglo a dispares criterios de delimitación de las respectivas jurisdicciones. La complejidad de las normas

de delimitación constituye un serio obstáculo de la justicia administrativa. De aquí que se hayan levantado voces pidiendo la *unidad de jurisdicciones para la administración pública*.²

Segundo: cuando el acto administrativo legitimador no existe o, aun al existir, es tan manifiesta la ilegalidad que es constitutivo de delito, no hay razón alguna para vedar el acceso a la vía judicial ordinaria para que el administrado pueda defenderse de las invasiones a su esfera de libertad consumadas por los agentes de la administración.

El estudio del sistema de garantías que, tradicionalmente, arbitran los ordenamientos, ha de hacerse, por tanto, en dos direcciones:

- a) Los procesos ante la jurisdicción ordinaria.
- b) El proceso administrativo.

II. LOS PROCESOS ANTE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA

1. *Los tribunales ordinarios, guardianes de la libertad*

En el complicado sistema de reparto de competencias entre los tribunales judiciales ordinarios y la jurisdicción administrativa, característico del sistema francés y de los que en él han encontrado inspiración, la jurisprudencia de conflictos ha consagrado como principio básico que los jueces ordinarios son naturalmente competentes para conocer de cualquier atentado al ejercicio de las libertades públicas, aun cuando provenga de la

² Es el título del trabajo de L. Martín Retortillo, publicado en *Revista de Administración Pública*, núm. 49, pp. 143-189. En sentido análogo, Parada, *Los orígenes del contrato administrativo en el derecho español*, Sevilla, 1963, p. 123. En sentido más moderado, Garrido Falla, "La evolución del recurso contencioso-administrativo en España", *Revista de Administración Pública*, núm. 55, pp. 24-26. Sobre los complicados criterios de delimitación, *cfr.*, por ejemplo, Goyard, *La compétence des tribunaux judiciaires en matière administrative*, París, 1962, y Fromont, *La repartition des compétences entre les tribunaux civils et administratifs en droit allemand*, París, 1961.

misma administración. No es que se reconozca la competencia de la jurisdicción ordinaria. Es algo más: es que se considera que esta competencia es natural, consustancial a ella.³

Sin embargo, pese a la generalidad con que se concibe el principio, recogido como tal en los tratados y manuales más elementales, es cierto que en su aplicación sufre tales limitaciones, que podemos considerar que, aparte de declarativo ordinario, queda reducido a dos supuestos: cuando el atentado a la libertad deviene delito, y cuando es consecuencia de una vía de hecho. Examinemos, por tanto, ambos supuestos.

2. Los delitos contra la libertad

La libertad constituye algo tan consustancial a la persona humana, que los ordenamientos jurídicos procuran protegerla sancionando penalmente los atentados a la misma, tanto provengan de un particular (artículos 480-482 del Código Penal) como de un funcionario público (artículos 178-195 del propio texto).

La imposición de penas personales al margen del proceso penal (artículos 178-181 del Código citado), la detención ilegal en sus diversas manifestaciones (artículos 184-188), la imposición ilegal del destierro, deportación o cambio de domicilio (artículos 189-190), el allanamiento de morada y registro indebido del domicilio (artículo 191), los atentados a la libertad de correspondencia (artículos 192-193), y, en general, todo atentado al ejercicio de los derechos cívicos reconocidos por las leyes (artículo 194), constituyen figuras delictivas del Código Penal español, como de casi todos los códigos penales.

Las consecuencias de esta configuración penal de los atentados al ejercicio de los derechos de la persona son evidentes. Desde el momento que tales hechos son delitos, es incuestionable:

³ Un resumen de la doctrina jurisprudencial en Auby y Drago, *Traité de contentieux administratif*, París, 1962, I, pp. 522-525.

a) Por lo pronto, la posibilidad de incoación del correspondiente proceso penal frente al funcionario público al que puedan imputarse los hechos. La condición de funcionario del reo no debe constituir obstáculo alguno a la actuación del juez ordinario, que podrá adoptar cuantas medidas cautelares prevé el ordenamiento como garantía de la persona cuyas libertades han resultado lesionadas.

No obstante, ha existido una injusta tendencia de los ordenamientos de protección a los funcionarios, tendencia que se ha traducido en una normativa que constituye una fuente de arbitrariedades, convirtiendo en poco menos que letra muerta los preceptos de los códigos penales.

Las dos instituciones en que se ha concretado esta normativa proteccionista del funcionario no son otras que la *autorización administrativa para proceder contra los funcionarios*, y las *cuestiones previas administrativas*. De ellas se ha dicho que:

Han sido los parapetos de siglo y medio de irresponsabilidad, y si bien la irresponsabilidad de los funcionarios goza de una desgraciada tradición en nuestra patria, es en nuestro tiempo, ante la existencia de masas burocráticas antes no imaginables, cuando el problema adquiere extrema gravedad.⁴

Afortunadamente, la autorización administrativa para procesar a un funcionario ha quedado relegada, al menos en España, a un recuerdo histórico. Pero no podemos decir lo mismo de las cuestiones previas administrativas.

Porque la autorización para procesar a los funcionarios fue abolida por la Constitución de 1869, sin que tuviese vigencia alguna ulterior. Y la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado ha venido a reiterar su abolición, al disponer en su artículo 44, párrafo 2, que “en ningún caso será requisito in-

⁴ Parada, “La responsabilidad criminal de los funcionarios públicos y sus obstáculos: autorización previa, prejudicialidad administrativa y cuestiones previas”, *Revista de Administración Pública*, núm. 31, p. 98.

dispensable para la apertura y validez del procedimiento judicial el consentimiento previo de la autoridad administrativa”.

Pero las cuestiones previas administrativas han tenido un destino muy diferente. En efecto: la vieja Ley de Enjuiciamiento Criminal, al enfrentarse con el supuesto de que en el proceso penal surja una cuestión regulada por el ordenamiento jurídico-administrativo, cuyo conocimiento y decisión, de plantearse aisladamente, correspondería a la jurisdicción contencioso-administrativa, reconoce al tribunal ordinario que conoce del proceso penal la opción de resolver por sí mismo la cuestión prejudicial, atemperándose a las normas de derecho administrativo (artículo 7o.) o de suspender el procedimiento hasta la resolución de la cuestión, pudiendo fijar un plazo para que las partes acudan al tribunal contencioso-administrativo (artículo 4o.).⁵

Pero es en la Ley de Conflictos Jurisdiccionales de 17 de julio de 1948, al mantener la regulación de las cuestiones previas de la vieja regulación de los conflictos, donde se encuentra el principal obstáculo a la actuación de la jurisdicción ordinaria frente a un funcionario. Pues su artículo 15 reconoce a la administración legitimación para promover en un juicio penal una inhibitoria fundada en la existencia de una cuestión previa administrativa. Lo que supone la suspensión del proceso penal en tanto se decida por la administración la cuestión previa y la vinculación del juez penal a lo resuelto por la administración. De tal modo que el juez o tribunal declarará “no haber lugar a la continuación del juicio, si la decisión administrativa envolviera falta de legitimidad del procedimiento”.

Nada más contrario a elementales principios de justicia que esta posibilidad de que, al plantearse un conflicto entre dos órganos de distinta naturaleza, uno de ellos puede prejuzgar la cues-

⁵ Sobre los problemas que plantean estos preceptos, Gómez Orbaneja, *Comentarios a la ley de enjuiciamiento criminal*, Barcelona, 1947, I, pp. 216-230; Aguilera de Paz, *Tratado de las cuestiones prejudiciales y previas en el proceso penal*, Madrid, 1917, pp. 163 y ss.

tión. Pero, además, lo grave es, como ha dicho Parada, los bastardos fines con que la administración ha manejado ante los tribunales esta posibilidad, y, lo que aún es más grave, el éxito obtenido. Por lo que

...el examen de la legalidad de la actuación administrativa ha sido una meta inaccesible prácticamente para los tribunales, y lo ha sido no porque la administración haya sido, no nos cansaremos de repetirlo, una celosa defensora de la eficacia total de sus providencias, sino porque tras la defensa de la legalidad de éstas lo que realmente ha defendido es la irresponsabilidad de los administradores.⁶

En algún supuesto concreto, ante la decisión adoptada en alguna resolución de conflicto, la repulsa de la doctrina española no pudo ser más enérgica. Tal fue el conflicto resuelto por un decreto de 1o. de julio de 1954 (*Boletín Oficial*, 7 de julio). Sabido es que en España la decisión de los conflictos jurisdiccionales es, tradicionalmente, competencia del jefe del Estado; pero previamente emite dictamen el Consejo de Estado. Y es práctica jurisprudencial que la decisión del jefe de Estado se adopte de conformidad con el dictamen, por lo que, en definitiva, el verdadero tribunal de conflictos es el alto cuerpo consultivo. No obstante, en algún caso aislado, verdaderamente insólito, no ocurre así, pues el jefe del Estado decide, no de conformidad, sino “oído el Consejo de Estado”. Pues bien, uno de estos casos anormales fue el del decreto de 1o. de julio de 1954.

Los hechos que motivaron el conflicto eran los siguientes: un buen día de 1951, una persona es detenida por orden del juez especial de delitos monetarios, quedando a su disposición. Pasan más de cinco meses sin que se dictase auto de procesamiento ni se notificase el de prisión. En esta situación, el detenido formuló querrela ante la Audiencia, promoviendo el antejuicio para exigir responsabilidad penal a los jueces y magistrados, que establecen

⁶ Parada, *La responsabilidad criminal...*, cit., nota 4, pp. 131-137.

los artículos 258 y 259 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, citándose como infringido el artículo 17 de la Ley de Delitos Monetarios de 24 de noviembre de 1938, que limita a sesenta días, salvo prórroga excepcional del ministro de Hacienda, el plazo máximo en que deben ser fallados los expedientes en la materia. Así las cosas, el delegado de Hacienda requiere de inhibición a la Audiencia, por entender que, dependiendo el juez de delitos monetarios de un tribunal superior, encuadrado orgánicamente en el ministerio de Hacienda, él planteaba una cuestión previa a resolver, de carácter administrativo, que impedía la actuación de la jurisdicción penal ordinaria.

Ante estos hechos, el decreto de 1o. de julio de 1954, en contra de lo dictaminado por el Consejo del Estado, decide el conflicto a favor del delegado de Hacienda, por entender que existía cuestión previa administrativa, quedando paralizado el proceso penal.

En aquel tiempo, tenía encomendada la sección de comentarios de la jurisprudencia de conflictos en la *Revista de la Administración Pública*. Y con una prudencia que después me ha faltado en otras muchas ocasiones —y mis disgustos me ha costado—, decliné el honor de comentar este decreto. En mi lugar, lo hizo Fernando Garrido, que entonces no ejercía la profesión de abogado. En su comentario, no dudó en destacar cómo la doctrina del decreto era atentatoria del principio de libertad personal e infringía abiertamente el principio que considera al juez penal guardián de la libertad individual, al confundir la cuestión previa con la cuestión de fondo.⁷

b) Otra consecuencia de la sanción penal de los actos que, infringiendo el ordenamiento jurídico, constituyen una violación de la libertad individual, es su nulidad de pleno derecho. Sabido es que, en derecho administrativo, la ilegalidad sólo determina la anulabilidad del acto, salvo supuestos excepcionales de extrema gravedad, que se sancionan con la nulidad. En el derecho espa-

⁷ Garrido Falla, “Notas de jurisprudencia”, *Revista de Administración Pública*, núm. 14, pp. 157-160.

ñol, uno de estos supuestos es la ilicitud penal. El artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo enumera entre los actos de la administración nulos de pleno derecho, los que “sean constitutivos de delito”. Por tanto, todos aquellos actos administrativos que atentan al ejercicio de los derechos civiles y encajan en alguno de los supuestos de hecho de los artículos 178 y siguientes del Código Penal, son nulos, radicalmente nulos.

¿Qué consecuencias derivan de esta sanción de nulidad?

Todo acto administrativo, en cuanto existe, está investido de una presunción de legitimidad, que le confiere fuerza ejecutiva. De tal modo que, aun cuando se deduzca recurso administrativo o jurisdiccional contra él, no queda en suspenso aquella eficacia (artículo 116, Ley de Procedimiento Administrativo, y artículo 122, Ley Jurisdiccional Contencioso-Administrativa). El hecho de que se invoque como motivo del recurso alguna infracción que determine la nulidad, constituye uno de los casos en que, al interponerse el recurso administrativo, puede decretarse la suspensión de la ejecución. Pero la nulidad por sí no tiene eficacia suspensiva.

Ahora bien, en cuanto el acto es constitutivo de delito, el juez ordinario, al conocer del proceso penal incoado al efecto, podrá adoptar cuantas medidas sean necesarias para proteger al administrado de las consecuencias del acto delictivo, privándole de toda fuerza ejecutiva. El juez tendrá jurisdicción plena para conocer de la ilicitud penal en que haya incurrido el funcionario. Y la sentencia que dicte determinará la nulidad del acto, que podrá hacerse valer de oficio o a instancia del interesado en la vía administrativa o, en su caso, contencioso-administrativa.

Es obvio que la sentencia penal, con la condena del funcionario, por sí sola será suficiente para hacer desaparecer todos los efectos derivados del acto. Pero en el supuesto de que no sea así y de que pese a la condena del funcionario, subsista el acto, el interesado podrá instar la correspondiente declaración de nulidad, a través del correspondiente recurso de revisión (artículo

127, Ley de Procedimiento Administrativo), o en el procedimiento de revisión que podrá incoar en cualquier momento (artículo 109, ley citada), y cuya decisión no puede ser otra que la de la nulidad del acto.⁸ En caso de que la administración, pese a todo, se resistiese a declarar la nulidad, siempre podría incoarse el correspondiente proceso administrativo con este objeto, sin perjuicio de las posibles acciones ante el propio juez ordinario, por desobediencia.

Algún autor ha mantenido la validez de los actos, aun cuando tengan su origen en un hecho delictivo. En este sentido, Garrido Falla cita el ejemplo del funcionario que obtiene la titularidad de una plaza o un ascenso a que tiene derecho, presentándose en el despacho de su superior jerárquico y amenazándole físicamente, considerando que “con independencia de la responsabilidad administrativa e incluso penal, en que el funcionario pueda haber incurrido personalmente, el acto así obtenido no está viciado”.⁹

Pero ésta no es ni mucho menos la opinión de la generalidad de la doctrina española, pues para un sector importante de la misma, el delito es “el pecado jurídico que contamina y anula todo lo que toca”.¹⁰

En realidad, con arreglo al derecho positivo español, se impone una elemental distinción entre actos administrativos constituidos de delito y actos administrativos que tengan su origen en un hecho delictivo.

Respecto de los primeros, la nulidad del acto viene dada por la sentencia penal. Si el acto encaja en alguno de los supuestos de hecho que vienen definidos como delito por el Código Penal, no cabe mantener su validez. Una vez que la jurisdicción ordina-

⁸ Me remito a mi trabajo *El procedimiento administrativo*, Madrid, 1964, p. 325.

⁹ Garrido Falla, *Tratado de derecho administrativo*, 4a. ed., Madrid, 1966, I, pp. 470 y 471.

¹⁰ Parada, *La responsabilidad criminal*, cit., nota 4, p. 141. En análogo sentido, Royo Villanova, *Elementos de derecho administrativo*, 24a. ed., 1955, I, p. 115.

ria, por ejemplo, ha declarado la existencia de prevaricación y, por tanto, considerado que el acto administrativo ha sido dictado a sabiendas de que era una resolución injusta, la nulidad es consustancial a la sentencia penal. Lo mismo podríamos decir de aquellos actos que la sentencia penal considera son constitutivos de alguno de los delitos de los artículos 178 y siguientes del Código Penal.

Pero no puede sentarse la misma conclusión respecto de aquellos actos que no son constitutivos de delito, pero en cuya elaboración ha existido un delito (*verbi gratia* cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta). Cuando así ocurre, el hecho de que la sentencia penal declare la existencia de alguno de estos delitos, no determina sin más la nulidad del acto que se hubiere dictado como consecuencia del delito, sino que la nulidad dependerá del grado en que la ilicitud penal vicie el acto administrativo. Pensemos, por ejemplo, que entre las figuras de cohecho que sanciona el Código Penal está la del funcionario público que admitiere regalos que le fuesen presentados para la consecución de un acto justo (artículo 390 del Código Penal), por lo que la sentencia penal que condenare a un funcionario por este delito, presupone la legalidad del acto administrativo.

3. *La vía de hecho*

La vía de hecho constituye una de las sutiles construcciones de la jurisprudencia para atenuar el principio de independencia de la administración y de la jurisdicción administrativa frente a la jurisdicción ordinaria.¹¹ Si cuando existe un acto administrativo se produce la interdicción de toda intervención de la jurisdicción ordinaria frente a la actuación material que está amparada y legitimada por el acto administrativo, es natural que, al no existir el

¹¹ Se ha considerado “Une crise du principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires”. Es el título de un trabajo de Devolve publicado en *Études et Documents. Conseil d'État*, núm. 4, 1959, pp. 21 y ss.

acto, desaparezca el fundamento que obstaculizaba la acción del juez ordinario.

Pero la vía de hecho llega a más. Si sólo jugara ante la falta de acto administrativo legitimador de la acción material administrativa, nada tendría de original. Pues es lógico que cuando el agente administrativo incurre en lo que Laferrière calificó “una salida de los poderes de la administración”, no goce de ninguno de los privilegios propios del régimen administrativo y aparezca ante el juez como un sujeto de derecho común.¹² Pero es que también juega cuando, existiendo acto administrativo, adolezca de tal grado de ilicitud que se le niegue toda fuerza legitimadora respecto de la operación material que atente contra los derechos del administrado.

El problema está en determinar qué grado de ilicitud ha de darse en el acto para que su ejecución constituya una vía de hecho.

Cierto sector doctrinal —y alguna de las decisiones de la jurisprudencia francesa de conflictos— han vinculado la vía de hecho a la teoría de la inexistencia de los actos administrativos. Llegó a hablarse de una resurrección de esta teoría.¹³ Pero la crítica se ha impuesto. Pues ni todos los actos que pudieran calificarse de inexistentes constituyen desde el ángulo de su ejecución vía de hecho, ni todos generadores de vía de hecho son inexistentes.¹⁴

La fórmula tradicional de la jurisprudencia francesa refiere la vía de hecho a la ejecución de un acto que manifiestamente es imposible considerarle aplicación de un texto legal o reglamentario. Cuando es evidente que el agente administrativo no ha actuado en

¹² Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2a. ed., París, 1896, I, p. 478; Odent, *Contentieux administratif*, París, 1953-1954, pp. 164-165; García de Enterría, *Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa*, Madrid, 1956, p. 104; Waline, “Fidelité de la jurisprudence à la théorie de la voie de fait”, en notas de jurisprudencia de la *Revue de Droit Public*, 1970, pp. 774-783.

¹³ Weil, “*Une résurrection: la théorie de l’inexistence des actes administratifs*”, *Dalloz, Chronique*, 1959, p. 48.

¹⁴ Auby y Drago, *Traité...*, *cit.*, nota 3, pp. 557-559.

ejercicio de una potestad administrativa ni en virtud de ninguna norma jurídica, la operación material constituirá vía de hecho.

Cuando una operación material no legitimada por un acto administrativo que, al menos en apariencia, pueda considerarse dictado en aplicación de una ley o reglamento, atenta contra el derecho de propiedad o las libertades públicas, constituirá una vía de hecho.

En derecho español, la vía de hecho contra los derechos de propiedad se encuentra sancionada por la vigente Ley de Expropiación Forzosa de 1954 (artículo 125). No ocurre así respecto de la vía de hecho que se concreta en atentados a las libertades públicas.

Esto explica que podemos considerar inédita la actuación de la jurisdicción ordinaria para defender las libertades de un administrado ante una vía de hecho administrativa. Si bien, hace unos años, se dictó un decreto resolutorio de conflictos que permite ver el porvenir con cierta esperanza, ante la correcta aplicación que hace de la doctrina de la vía de hecho. Me refiero al decreto de 3 de octubre de 1963, que ha merecido, con toda justicia, los elogios de la doctrina. Pues en esta decisión, el juez de conflictos, apartándose de la tradición defensora de la administración montada sobre la prejudicialidad administrativa, “abandona la posición de no enjuiciamiento de los funcionarios para permitir que el tribunal pueda desarrollar normalmente su actividad de enjuiciamiento”.¹⁵

El conflicto surgió con ocasión de un doble embargo de unos mismos bienes: por un lado, la administración, y por el otro, la jurisdicción ordinaria. En poder los bienes del depositario judicial, aparecieron unos individuos que manifestaron pertenecer a la Delegación de Hacienda y, sin atender a las razones del depositario judicial, forzaron a éste a la entrega de los bienes, que se llevaron. Ante esta actitud, se incoó sumario frente a los agentes administrativos. Y, cuando se está tramitando el proceso, la administración plantea una cuestión previa.

¹⁵ Martín-Retortillo, S., “Notas de jurisprudencia”, *Revista de Administración Pública*, núm. 57, pp. 219-225.

La resolución del juez de conflictos es categórica: es improcedente la cuestión previa. Pues estamos ante una vía de hecho, ya que los agentes administrativos, “en lugar de acudir al sistema legalmente establecido para dilucidar esa preferencia de los embargos... han pretendido imponerse por sí mismos”. Y en el tercer considerando se concluye: “el respeto debido para las dos jurisdicciones exige que no se resuelvan sus conflictos por el esfuerzo de la vía de hecho, sino conforme a lo legalmente establecido para ello”.

III. EL PROCESO ADMINISTRATIVO

“Se ha dicho que el proceso es aquel instrumento en el cual se manifiestan todas las deficiencias y las impotencias del derecho”.¹⁶ “Y el proceso administrativo —y no el proceso penal, como quería Carnelutti— es la especie que mejor pone de manifiesto las deficiencias y las impotencias del proceso”.

Pues es en el proceso administrativo, al enfrentarse el pobre e indefenso administrado con ese monstruo de poder que es la administración, cuando se manifiesta en toda su crudeza la impotencia del derecho para que las relaciones entre administrador y administrado se acerquen un poco a lo que exigen elementales postulados de justicia.

Ante la administración de nuestros días y ante la administración clásica, de poco o nada sirve el proceso cuando el órgano administrativo se obstina en hacer caso omiso de la norma. En el mundo de hoy, el problema adquirirá mayor gravedad, ante las esferas íntimas de la persona humana invadidas por la acción administrativa. Pero la ineficacia del proceso se ha dado siempre, pese a los sucesivos perfeccionamientos de la institución.

Es lo cierto —vaya por delante este reconocimiento— que los ordenamientos del proceso administrativo han alcanzado unos lími-

¹⁶ Carnelutti, *Las miserias del proceso penal*, trad. de Sentís, Buenos Aires, 1959, p. 136.

tes de perfección normativa cuya eficacia no parece posible poner en tela de juicio. Sin embargo, pese a todo, en la práctica las quebras del sistema son incuestionables. Su eficacia encuentra múltiples obstáculos de índole muy diversa, difícilmente superables. Obedecen a distintos factores. Pero todos giran en torno a un hecho básico: la quiebra del principio de igualdad de las partes.

Desde el momento que la administración se somete a un control procesal, parecía lógico que se sometiera con todas las consecuencias y que, pese a sus atributos y prerrogativas, apareciera en el campo del proceso desprovisto de las mismas, en un plano de estricta igualdad con la otra parte. Y así viene a ser, en la letra de la ley, con muy pocas y contadas excepciones que apenas si afectan sustancialmente al principio. Pero la realidad es muy otra. Como decía don Niceto Alcalá-Zamora y Torres, en una obra sobre lo contencioso-administrativo, que ya podemos considerar clásica:

...el poder público es un gigante que mientras no esté derribado, por mucho que acepte renovarse o encorvarse siempre queda más alto que sus súbditos; y por eso es muy relativa la igualdad procesal de partes en los litigios que la enfrentan. Sin que el régimen político sea, como suele serlo en nuestro tiempo, muy socializado, muy autoritario, o las dos cosas a la vez, el interés público invocado como presunción normal a favor de la administración, gozará de primacía por su índole, por su destino, por su permanencia y hasta por su total volumen.¹⁷

En esta desigualdad de las partes podemos considerar que radica la razón de ser de la mayor parte de las quebras que nos ofrece la institución del proceso administrativo, como pondrá de manifiesto el estudio de las mismas en cada uno de los elementos del proceso.

¹⁷ *Lo contencioso-administrativo*, Buenos Aires, 1943, p. 56. Y Benvenuto, en *L'istruzione del proceso amministrativo*, Padova, 1953, p. 125, afirma que "el recurrente puede encontrarse en una posición de material, y podría decirse, institucional inferioridad en relación con la administración".

1. *Los sujetos del proceso*

A. *El órgano jurisdiccional*

La evolución del contencioso-administrativo ha sido una lucha por la independencia e idoneidad de los órganos a los que se confía la decisión de los litigios administrativos. Si en los sistemas judiciales, en que la independencia constituye el punto de partida, fue preocupación básica la preparación de los magistrados que iban a formar parte de las salas competentes para decidir estos litigios, en los que se partía de un sistema administrativo, el problema fue el de la independencia real de los órganos del contencioso-administrativo.

Pues sólo cabe hablar de proceso administrativo, desde el momento que el órgano al que se confía su decisión es propiamente jurisdiccional, y, por tanto, independiente. No es concebible proceso sin independencia del juez.

Cualquiera que sea el sistema, hoy podemos considerar que se ha conseguido la independencia e idoneidad de los órganos jurisdiccionales, en aquellos ordenamientos que todavía se inspiran en los principios del Estado de derecho, e incluso en algunos otros que se han apartado de estos principios.

No obstante, a pesar de esta independencia legal, formal y real, existe una tendencia a la que muy difícilmente puede sustraerse el juez administrativo y que podemos calificar de actitud reverencial ante el poder público. El hecho ha sido destacado por la doctrina. El profesor de Berna, Hans Marti, en un trabajo (de los que están tan de moda) al defender la creación de un sistema de control inspirado en el modelo del *ombudsman* escandinavo,¹⁸ aduce como una de las razones para la implantación de este nuevo sistema la tendencia del juez a no decidir contra la administración. Y Giovanni Napione, en un trabajo sobre el tema, después de recoger la cita del profesor Marti, añade: “es un hecho que el

¹⁸ *Plädoyer für Kontrollierte Macht für die elegierten der Bundesversammlung*, Berna, 1964, en especial, respecto de lo que se cita en el texto, p. 6.

juez, incluso el más objetivo, está inclinado a no perjudicar a la administración, a tener en cuenta sus intereses y su prestigio más que los del particular”.¹⁹

La administración pública aparece siempre —y, por supuesto, aparece ante el juez— como sujeto titular del interés público y altruista frente a los intereses particulares y egoístas del administrado, actuando imparcialmente en defensa de los suyos, con actos investidos de presunción de legitimidad y, por tanto, ejecutivos y ejecutorios. De ahí que si siempre es mala posición procesal la de actuar contra el hecho consumado, en definitiva, ésta es la actitud que adopta siempre el particular frente al acto administrativo, que, precisamente por aquellas características, suele estar ejecutado en el momento en que se somete a revisión jurisdiccional.

Cuando llega el momento de dictar sentencia, el juez se encuentra con el hecho consumado. Una sentencia estimatoria de la pretensión supondría, no sólo anular un acto jurídico, sino una serie de importantes mutaciones en la realidad social y jurídico-administrativa, por ejemplo: privar de una plaza al funcionario indebidamente nombrado en un concurso, cuando la viene desempeñando meses y hasta años, dando acceso a la misma plaza al demandante; reponer al propietario expropiado ilegalmente de su propiedad, cuando la administración ya ha realizado en ella importantes y costosas obras públicas; privar de la explotación de un servicio público al concesionario al que se le adjudicó indebidamente, después de su implantación y puesta en marcha, para que pueda seguir prestándolo el demandante, etcétera.

Ante estas situaciones, es obvio que existirá una tendencia, inconsciente si se quiere, a dejar las cosas como están, a no modificar situaciones jurídicas que llevan varios años de existencia, a mantener actos dictados muchas veces como evidente buena fe a favor de un destinatario que actuó asimismo con tan buena fe como el que ocupa la posición demandante.

¹⁹ *L'Ombudsman. Il controllore della pubblica amministrazione*, Milán, Giuffrè, 1969, p. 223.

Precisamente por ello no se considera idóneo un instrumento, el proceso administrativo, instaurado —según expresión de la jurisprudencia— no para prevenir daños futuros y amenazas de actos aún no dictados, sino para anular actos y reparar daños consumados, postulándose un sistema de control que actúe previamente, antes de producirse al acto y ocasionar el daño. Pues el órgano al que se confíe esta misión se verá libre de la presión que indudablemente ejercen los hechos cumplidos.

B. *La administración pública*

La administración pública no aparece ante el juez administrativo como una parte procesal en un régimen de igualdad con el particular que con ella se enfrenta. La administración pública ni ante el juez deja de ser un sujeto privilegiado, que goza de una serie de prerrogativas de hecho, en pugna abierta con la justicia.

Es cierto que las leyes reguladoras del proceso administrativo procuran hacer realidad el principio de igualdad de las partes del proceso, sometiendo a la administración pública al mismo régimen que a las demás partes. Pero, pese a todo, los privilegios de la administración son tan fuertes que, en las propias leyes, no dejan de tener reflejo. Y, por encima de las leyes está una realidad, que permitió afirmar al profesor Lessona, en el IV Congreso Nacional de Jurisprudencia Forense, que “la administración pública no es un litigante correcto”.²⁰ Y el profesor Benvenuti, en su obra sobre la instrucción del proceso administrativo, ha llegado a hablar de la institucional inferioridad del particular frente a la administración.²¹

Esta institucional inferioridad del particular respecto de la administración, se traduce en infinitos detalles, que van, desde el

²⁰ En *Actas del Congreso*, Milán, 1959, p. 226. En análogo sentido, en nuestro *Derecho procesal administrativo*, 2a. ed., Madrid, 1966, tomo II, pp. 252 y 253.

²¹ *L'istruzione del processo amministrativo*, cit., nota 17, p. 125.

distinto rigor con que juegan los plazos para una y otra parte, hasta la sustancial diferente posición jurídica a la hora de la ejecución, pasando por las diversas facilidades de que gozan en la instrucción del proceso.

Lo que se traduce en tal serie de obstáculos, trabas, dificultades y trampas procesales para el que demanda justicia frente a un acto administrativo, que hacen del control jurisdiccional administrativo —según frase de Napione— “una batalla demasiado ardua contra un sujeto que no quiere en absoluto dejarse controlar”.²²

C. El particular

Frente a ese monstruo de poder que es la administración, aparece el particular, impotente y atemorizado.

Y es precisamente aquí, en la actitud del particular, donde la doctrina ve una de las más graves quiebras del contencioso-administrativo como sistema idóneo para garantizar la sumisión de la administración al derecho.

Porque el contencioso-administrativo como un sistema de control, no se pone en marcha como consecuencia de la acción de oficio del juez o de la que ejerza una persona investida de prerrogativas públicas para defender la legalidad administrativa. Por flagrante que sea la ilegalidad cometida por un agente de la administración, no puede ponerse en marcha el mecanismo del contencioso-administrativo para verificar la ilegalidad y hacer desaparecer las consecuencias derivadas de ella sin la demanda de la parte perjudicada. El proceso administrativo se ha estructurado para que la persona legitimada, titular de un derecho subjetivo o de un interés directo que puedan resultar lesionados por un acto de la administración, pueda pretender del tribunal competente la anulación de un acto y, en su caso, el reconocimiento de una situación jurídica individualizada.

²² *L'ombudsman, cit.*, nota 19, p. 226.

El particular-demandante es, pues, pieza esencial del sistema, la fuerza que mueva todo el mecanismo de control. Sin su actuación no cabe la fiscalización jurisdiccional de la actuación administrativa.

Por eso —dicen los detractores del sistema tradicional—, no puede valer en una administración como la de hoy, de la que el administrado espera tantas cosas. Era eficaz —dirá Forsthoff— mientras la administración sólo tenía un deber ordenador frente a una sociedad que por principio era autónoma y que se movía por sí misma, y el particular se enfrentaba con ella como un individuo libre e independiente; pero cuando la administración de trabajo, vivienda y materias primas presta los servicios más diversos, de los que el individuo depende necesariamente, el particular se encuentra en estado de tal dependencia, que puede resultarle menos importante que en un caso determinado de colisión se le haga justicia, que el estar a la larga con la administración en una relación sin tensiones ni conflictos.²³ O, como gráficamente decía entre nosotros Entrena, es incómodo recurrir contra la decisión de un alcalde, cuando tantas cosas dependen del certificado de buena conducta que a éste corresponde otorgar. Se trata del fenómeno de temor a las represalias de la administración pública, de que nos habla Napione.²⁴

El hecho es indiscutiblemente cierto. De aquí que hace años, en una conferencia pronunciada en la Academia de Jurisprudencia y Legislación defendiera la intervención del ministerio público en el proceso administrativo, al que se confiarían especialmente, entre otras, las siguientes funciones:

Procurar que prevalezca el derecho, en los casos de manifiesta arbitrariedad de la administración e ilegalidad de un acto, facultán-

²³ Forsthoff, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, 1958, p. 677, al que sigue Boquera, *Derecho administrativo y socialización*, Madrid, 1965, pp. 133-135.

²⁴ Napione, *L'Ombudsman*, *cit.*, nota 19, p. 222; Entrena Cuesta, "Límites de la actividad de policía municipal", *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 126, p. 816.

dosele incluso para iniciar el proceso frente a la administración, cuando por desidia, falta de medios o temor a futuras coacciones, la persona legitimada para ello no lo hace.²⁵

De este modo, reconociendo la facultad de accionar frente a la administración pública a un órgano público al que se confiara la misión de velar por la legalidad administrativa, se superaría una de las dificultades que el sistema ofrece.

Todo dependería de la preparación, idoneidad e independencia de las personas que asumieran la titularidad de un órgano así concebido.

Si estuviera a la altura de su misión, no cabe duda que constituiría un instrumento preciso para suplir la inactividad de la persona legitimada para reaccionar frente a las frecuentes arbitrariedades de la administración pública.

2. El objeto del proceso

El contencioso-administrativo tradicional es un proceso a un acto. Su objeto es verificar la legalidad del acto administrativo objeto de impugnación. De aquí la inadecuación del mismo para satisfacer las pretensiones que hoy formula un administrado, para el que, más importante que la legalidad, es obtener de la administración determinadas prestaciones.

Sin embargo, esta objeción es más aparente que real. Pues si la configuración del contencioso como proceso a un acto puede aplicarse sin reservas al llamado contencioso de anulación, difícilmente podría referirse al llamado contencioso de plena jurisdicción. Y, superada esta rígida separación entre los dos tipos del contencioso en los sistemas más progresivos —como en el instaurado por la Ley Española de la Jurisdicción Contencio-

²⁵ “La reforma de la ley de lo contencioso-administrativo”, conferencia pronunciada el 8 de febrero de 1954 y publicada en *La sentencia administrativa*, Madrid, 1954, pp. 54-77.

so-administrativa de 27 de diciembre de 1956—, la objeción no parece tener vigencia. En efecto:

a) En realidad, no es que el contencioso-administrativo sea un proceso al acto. Sino que el acto viene a ser un presupuesto del proceso. Para que pueda demandarse a la administración ante la jurisdicción contencioso-administrativa, es necesario —y aun esto ha sido discutido—²⁶ que previamente la administración se haya pronunciado acerca de la pretensión que formula el demandante. Pero el objeto de la jurisdicción es —como dice el artículo 1o. de la Ley española— conocer “de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la administración pública sujetos al derecho administrativo y con las disposiciones de categoría inferior a la ley”.

b) En consecuencia, el contencioso-administrativo puede ser utilizado para decidir acerca de la procedencia, con arreglo a derecho, de cualquier pretensión, incluso aquella que se concrete en prestaciones de la administración a favor del demandante. El requisito de la decisión previa se traducirá únicamente en la exigencia de que esa pretensión se deduzca previamente ante el órgano administrativo competente. Pero cumplido este requisito, cualquier pretensión será admisible, incluso las de indemnización patrimonial por defectuoso funcionamiento de los servicios públicos y no haber obtenido el administrado las prestaciones debidas.²⁷

c) Lo realmente importante es eliminar las llamadas materias excluidas, que obstaculizan o hasta impidan el acceso a la fiscalización jurisdiccional. En este sentido, el constitucionalismo posterior a la última Guerra Mundial ha tratado de consolidar esta garantía, eliminando toda exclusión del control judicial. La Constitución austriaca (artículo 132), la italiana (artículo 113) y la Ley Fundamental de Bonn (artículo 19), constituyen una ma-

²⁶ Así, Nieto, “La inactividad de la administración y el recurso contencioso-administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 37, pp. 75-112.

²⁷ Así, en mi trabajo “La justicia administrativa en España”, *Revista de Administración Pública*, núm. 6, pp. 163 y 164.

nifestación de esta tendencia a la “constitucionalización de las garantías procesales”, en frase de Calamandrei,²⁸ o de la lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo, según expresión de García de Enterría.²⁹

No obstante, pese a todos los esfuerzos por reducir al mínimo el núcleo de los actos de la administración que escapan del control jurisdiccional —y buena prueba de ello es la evolución de la jurisprudencia del continente europeo sobre los llamados “actos de gobierno”—, es tan fuerte la aspiración de los administrados a huir de este control que, de vez en cuando, logran la promulgación de alguna ley formal estableciendo la exclusión de determinadas materias.

Naturalmente, cuando existe un instrumento idóneo para la defensa de las garantías constitucionales, aquellos intentos legislativos están llamados al fracaso, como ha ocurrido en Italia, donde una jurisprudencia valiente no ha dudado en calificar de inconstitucional e inaplicable toda ley ordinaria que, contravieniendo el artículo 113 de la Constitución, contiene algún límite a la fiscalización jurisdiccional de los actos de la administración.

Pero, por desgracia, no siempre las garantías constitucionales alcanzan tal grado de eficacia.

3. *Los presupuestos del proceso*

De los presupuestos que han de concurrir para que el juez administrativo pueda verificar si el acto objetivo de impugnación incurre en alguna infracción del ordenamiento, la doctrina ha fijado su atención en dos de ellos, por constituir gravísimos obstáculos de un eficaz control jurisdiccional de la actividad administrativa: uno, la *exigencia del acto previo*, y otro, el *solve et repete*.

²⁸ En *Processo e democrazia*, Padova, 1954, p. 148. en análogo sentido, Bachelet, *La giustizia amministrativa nella costituzione italiana*, Milán, 1966. Así también, en mi *Derecho procesal administrativo*, 2a. ed., Madrid, 1964, I, p. 149.

²⁹ Es el título del artículo publicado en la *Revista de Administración Pública*, núm. 38, en especial, p. 193.

A. *La exigencia del acto previo*

Que exista una decisión que exprese la voluntad administrativa constituye, en las distintas regulaciones del proceso administrativo, un presupuesto procesal. Lo que supone poner en manos de la administración un arma valiosísima para impedir o retrasar el acceso a la vía jurisdiccional de las pretensiones del particular.

Realmente, impedirlo ya no es posible, pues, para evitarlo, se inventó esa ficción que es el silencio administrativo que se ha venido consagrando en la legislación de los distintos países. Como se decía en el “Rapport” de M. Chastenet a la Cámara de Diputados francesa durante la discusión de la Ley de 17 de julio de 1900, “el honor de un país está interesado en hacer imposibles las denegaciones de justicia y a que nadie pueda invocar en vano la ley”.³⁰

El modo de evitar que la administración pueda impedir el acceso a la justicia por el requisito de la decisión previa, no es otro que establecer la presunción legal de denegación de la petición, reclamación o recurso del particular, una vez que transcurra un plazo prudencial.

Pero la institución del silencio administrativo, con ser muy importante, siempre supone una rémora para una perfecta administración pública, en cuanto que:

a) Dada su compleja regulación, sobre todo para el no técnico del derecho, conduce en muchos casos a una fatal denegación de justicia, pues cuando el interesado acude al abogado se han agotado ya todos los plazos hábiles para “recurrir” contra el silencio administrativo.

b) El silencio administrativo, como simple ficción de que existe acto, no puede suplir la real y verdadera manifestación de voluntad de la administración, con los motivos en que pudiera

³⁰ Citado por Arendt, en “Le silence de l’administration en droit luxembourgeois”, *Le Conseil d’État du Grand-Duché de Luxembourg: livre jubilaire*, publicado con ocasión del centenario de su creación, Luxemburgo, 1957, p. 557.

fundarse la decisión expresa denegatoria, privando al interesado del conocimiento de una motivación, que, de ofrecer un claro fundamento jurídico, podría evitar la iniciación de una vía procesal inútil.

c) Y, en todo caso, dados los plazos del silencio, normalmente nada breves, siempre obliga a una demora en la iniciación del proceso, innecesaria cuando se conoce el criterio cerrado y obstinado de los agentes de la administración de no acceder a las peticiones que se formulan en un sector determinado.

De aquí que se haya postulado la derogación del requisito de la decisión previa, por no responder en modo alguno a la esencia de las instituciones del proceso administrativo, ni existir ninguna razón seria que le sirva de fundamento.³¹

B. *El solve et repete*

Uno de los requisitos del contencioso tradicional ha sido la exigencia del pago previo, cuando el acto atacado contiene la obligación de pagar una cantidad líquida. A la administración financiera no le basta el privilegio de la ejecutoriedad de sus actos, no le bastaba la posibilidad de utilizar todos los poderosos aparatos coactivos a su disposición para que se cumplan sus mandatos, sino que llegó a establecer que el cumplimiento del acto era un requisito procesal para que los tribunales pudieran examinar la pretensión deducida contra el mismo.

Mucho —y muy importante— es lo que se ha dicho en contra de este injustificado privilegio procesal de la administración pública.³² Pero entre todas las críticas destaca una, en nuestra opinión irrefutable: que pugna abiertamente con principio tan elemental, como el

³¹ Nieto, “La inactividad de la administración...”, *op. cit.*, nota 26.

³² Entre nosotros, merece destacarse el trabajo de Mendizábal Allende, “Significado actual del principio *solve et reoete*”, *Revista de Administración Pública*, núm. 43, en especial, p. 155.

de igualdad.³³ Precisamente esta consideración es la que ha llevado a la jurisprudencia italiana a calificar de inconstitucionalidad la norma que establece el requisito del pago previo.³⁴

4. *Procedimiento*

Si, en líneas generales, el procedimiento del “contencioso-administrativo”, tal y como se encuentra regulado en las legislaciones de los distintos países, sirve perfectamente a la finalidad fiscalizadora para la que está instituido, en la práctica ofrece serios y graves defectos. Principalmente se han destacado dos: su lentitud y la diferencia de trato a la administración pública y a los particulares.

A. *La lentitud del procedimiento*

Ha sido un argumento invocado con harta frecuencia contra el sistema contencioso-administrativo o contra una determinada forma de organizar el contencioso-administrativo.

En España, por ejemplo, fue esgrimido por los defensores a ultranza del sistema francés de confiar la decisión de los litigios administrativos al Consejo de Estado, en lugar de la organización judicial. Esta forma de plantear el tema no es correcta. Y no lo es por las siguientes razones:

1) Que durante la triste época en que las garantías jurisdiccionales se encontraban en España prácticamente anuladas, y se dio intervención al Consejo de Estado para conocer a través del llamado “recurso de agravios” determinados litigios administrativos, su tramitación no era, ni mucho menos, más rápida que lo

³³ Así, en mi trabajo “Hacienda y proceso”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1968, pp. 644 y 645.

³⁴ Bachelet, *La giustizia amministrativa*, cit., nota 28, pp. 60-62; Virga, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Milán, 1966, pp. 101 y 102.

era cuando se seguía ante los tribunales. Por el contrario, cuando después de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956 se organizaron debidamente las salas de lo contencioso-administrativo, el procedimiento se caracterizó por una celeridad y flexibilidad que no tuvo jamás. Es cierto que hoy, al menos respecto de alguna sala sobre la que ha recaído un cúmulo excesivo de asuntos, se ha perdido aquella agilidad de los primeros tiempos de vigencia de la Ley. Pero el defecto no puede imputarse al órgano al que se confía la decisión.

2) Que, en Francia, con su Consejo de Estado como pieza clave del sistema, la lentitud del procedimiento fue una de las razones de la reforma de 1953. En el propio preámbulo del decreto de 30 de septiembre de 1953 se hablaba de que el aumento de litigios planteados ante el Consejo de Estado, le obligaban “a no dictar decisiones más que después de una larga demora, que hace perder mucha eficacia y que puede conducir a veces a una denegación de justicia”. Y es más que una caricatura de la justicia”.³⁵

Por ser, por tanto, un defecto general de procedimiento, que, a veces, aparece con mayor gravedad en un país que en otro, hoy se ha aducido como argumento contra el sistema contencioso-administrativo tradicional.³⁶

B. El diferente trato procesal a la administración pública y a los particulares

La profunda y sustancial desigualdad entre las dos partes del proceso administrativo tiene repercusión en todos y cada uno de los elementos del proceso, y, si no tan especialmente como en el momento de la ejecución de las sentencias —a que después aludiremos—, también se manifiesta en el capítulo del procedimiento. A lo largo del procedimiento, en sus distintos trámites, la administración es ese litigante incorrecto del que nos hablaba

³⁵ Odent, *Contentieux-administratif, cit.*, nota 12, 1954, p. 265.

³⁶ Napione, *L'Ombudsman, cit.*, nota 19, p. 221.

el profesor Lessona: “no sólo no se atiende a las normas de corrección, sino que obra en contraste a la precisa norma del Código de Procedimiento Civil (artículo 88) que establece que las partes deben comportarse en juicio con lealtad y probidad”.³⁷

La administración pública, desde el primer contacto procesal, consistente en la remisión del expediente administrativo al tribunal, tiene en sus manos la posibilidad de alargar indefinidamente la tramitación, obstaculizando conscientemente la acción de la justicia. Cuando los órganos rectores de un departamento ministerial se lo proponen, pueden incumplir durante periodos de tiempo que exceden todos los límites de la prudencia el terminante precepto de la Ley sobre Remisión de los antecedentes en un plazo perfectamente determinado. La lectura de los oficios que se intercambian en estos casos administración pública y tribunal, no puede ser más expresiva. La administración pública no envía el expediente; después lo manda incompleto; más tarde, va mandando parcialmente los antecedentes que faltan; alega que alguno de ellos está en otro departamento... etcétera. Con lo que el procedimiento queda paralizado todo el tiempo que considere necesario.

Una vez el expediente en el tribunal, el demandante debe formalizar su demanda en los plazos fatales e improrrogables, de tal modo que su incumplimiento determina fatalmente la “caducidad del recurso contencioso”. Sin embargo, cuando llega la hora de contestar, la administración —que dispuso antes de todo el tiempo que quiso para preparar su defensa y facilitar antecedentes a sus defensores— cuenta con un plazo teóricamente igual que el del demandante para contestar la demanda de éste, pero en la práctica muy superior, ante la tolerancia del órgano jurisdiccional y pasividad del demandante.

Y si de la fase de alegaciones llegamos a la de la prueba, son obvias las dificultades del demandante para aportar medios pro-

³⁷ Lessona, *Actas, cit.*, p. 226.

batorios que puedan desvirtuar la presunción de legalidad de que está investido el acto atacado.

Lo que en un procedimiento extrajudicial promovido por un órgano público investido de todos los poderes para investigar las posibles irregularidades de la acción administrativa resultaría fácil, es poco menos que inaccesible para el administrado-demandante en un proceso administrativo, que se encuentra con la cerrada oposición de los distintos órganos administrativos para facilitarle los documentos que le permitirán acreditar los hechos que fundamentan su pretensión, y con el estrecho criterio para admitir otros medios probatorios en el proceso administrativo.

Un elemental deber de fidelidad a la realidad obliga a dejar constancia de que el cuadro señalado puede aplicarse sin reservas a la administración del Estado; pero no cuando es parte una de las entidades administrativas que integran la administración local. Pues si existe una diferencia de trato procesal entre la administración pública y el particular, también existe entre la administración pública estatal y la administración pública local.

5. Los efectos del proceso

En el ámbito de los efectos del proceso, también la crítica ha destacado no pocos graves defectos del “contencioso” tradicional. En especial, en el orden económico y en el ejecutivo.

A. Eficacia económica las costas

Aun cuando se consagrara la gratuidad del proceso administrativo —y en España, en la década de los sesenta no ocurría así, salvo en supuestos muy específicos de pleitos sobre personal y administración local— y aun cuando se admitiera la defensa por el interesado sin la intervención de técnicos del derecho —lo que tampoco ocurre en derecho español, salvo casos asimismo muy concretos—, el proceso administrativo siempre supondría gastos

para el que quiere demandar a la administración pública; pues aunque se dieran la gratuidad y la innecesaria de abogado y procurador, lo cierto es que el particular no podrá plantear debidamente el proceso administrativo sin la asistencia del profesional del derecho, lo que implicará, como mínimo, el pago de los derechos y honorarios de estos profesionales.

Luego, sólo cuando el particular afectado cuente con medios económicos podrá reaccionar frente al acto administrativo ilegal y poner en marcha el mecanismo de la justicia administrativa; pero no en otro caso.

Es ésta otra de las críticas formuladas al sistema tradicional, para defender alguno de los nuevos sistemas de control.³⁸

La crítica es cierta por la deficiente y arcaica regulación del beneficio de la pobreza en la mayor parte de los ordenamientos procesales.³⁹ Si bien hay que reconocer que los supuestos de imposibilidad de acceso a la justicia por falta de medios son mínimos, y en modo alguno suficientes para justificar la crítica de un sistema de control. Todo lo más que podría justificar es lo que, por otra parte, ya hemos defendido repetidamente: el reconocimiento de potestades para actuar en éste y en otros supuestos análogos del ministerio público o institución similar, como complementaria de la justicia administrativa.

B. *Ejecución de las sentencias*

Cuando, después del calvario de la vía administrativa para lograr la decisión previa y de los lentos trámites del proceso administrativo, el juez dicta, por fin, la sentencia, llegamos a la hora de la verdad de la sumisión de la administración pública al derecho. Pues es entonces, al producirse la sentencia estimatoria de la pretensión, cuando el Estado ha de hacerse justicia a sí mismo.

³⁸ *L'ombudsman, cit.*, nota 19, p. 221.

³⁹ González Pérez, *La sentencia administrativa, cit.*, nota 25, pp. 73-75.

Hasta ese momento esa versión del misterio de la Santísima Trinidad aplicado a la ciencia política que es el principio de la división de poderes, hizo posible que, dentro del Estado-uno pero con tres poderes distintos, los órganos jurisdiccionales juzguen a la administración como si fuesen personas distintas dentro del Estado. Pero a la hora de la ejecución de una sentencia condenatoria de la administración, han de ser los instrumentos de coacción de ésta los que tienen que lograr su plena efectividad.

De aquí las tremendas dificultades que la ejecución plantea.

a) Es un hecho incuestionable, cualquiera que sea el régimen político y el sistema administrativo, que las sentencias que contienen una condena a la administración pública sólo son cumplidas cuando no está decidida a lo contrario la autoridad o el político de turno.

Repito —quiero que esto quede bien claro—, esta afirmación es válida respecto de cualquier sistema político y administrativo.

Desde que se inventó eso que se ha llamado Estado de derecho, la doctrina, de buena fe, con una ingenuidad sorprendente, ha venido ideando y perfeccionando fórmulas para garantizar la ejecución de sentencias, en la convicción de que es el momento de la verdad en el control jurisdiccional de la administración, pues sólo en ese momento puede verificarse si los tribunales sirven para algo más que para sentar declaraciones platónicas.

Pero mucho más hábiles que los buenos de los doctrinarios para buscar fórmulas de garantías son los legisladores para matizarlas y los encargados de aplicarlas para eludirlas.

De aquí que los primeros, después de páginas y páginas dedicadas al tema, al final tengan que llegar a la desoladora conclusión de que, en definitiva, el problema radica en la moralidad pública y en la educación ciudadana de políticos y funcionarios.

En este orden de ideas hay que reconocer que, en teoría, el ordenamiento español es, sin género de dudas, de los más perfec-

tos,⁴⁰ pues contiene medidas expeditas que muy pocos sistemas consagran, al menos con la claridad con que se encuentran formuladas en el nuestro.

Porque, en efecto, cuando una sentencia no llega a ejecutarse, cuando lo dispuesto en el fallo no se cumple, el responsable es siempre una persona física concreta y perfectamente determinable: el titular del órgano administrativo al que corresponda la ejecución. Por lo que cuando tales medidas falten, siempre quedará una cuya eficacia es incuestionable: el procesamiento de la persona a la que pueda imputarse la inexecución.

La Ley española de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en su artículo 110, párrafo tercero, no puede ser más expresiva. Cuando transcurriesen seis meses desde la fecha de recepción del testimonio de la sentencia sin que se hubiese ejecutado, “se deducirá el tanto de culpa que correspondiese por delito de desobediencia, para su remisión al tribunal competente”. Obsérvese bien que el precepto emplea la fórmula imperativa: se deducirá.

Mas es lo cierto que, a pesar de tan drástico precepto. Aun cuando esté perfectamente determinada la persona física a la que puede imputarse el incumplimiento, aun cuando lo pida y lo reitere la parte, no se deduce ningún tanto de culpa.

Me estoy refiriendo, claro está, al supuesto de que fuese condenada la administración del Estado, pues cuando lo es la administración local, la actuación jurisdiccional es muy distinta.

Estas dificultades, genéricas de toda clase de sentencias condenatorias de la administración, se dan más atenuadas en materia tributaria.

Cuando como consecuencia de un fallo ha de devolverse al contribuyente la cantidad ingresada indebidamente, la ejecución de la liquidación anulada, los órganos de la Hacienda pública

⁴⁰ Entre la reciente bibliografía sobre el tema, destacando las excelencias del sistema, Montoto, “Nuevas perspectivas en la ejecución de las sentencias contencioso-administrativas”, *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm 166, 1970, pp. 203-252; Garrido, “La evolución del recurso contencioso-administrativo en España”, *Revista de Administración Pública*, núm. 55, p. 23.

suelen dar cumplimiento al fallo en plazos prudenciales. Pero cuando la ejecución del fallo ha de realizarse fuera del ámbito tributario, el panorama es radicalmente distinto.

Cuando el objeto de la sentencia se traduce en una obligación de pago de cantidad líquida, este pago deberá acordarse y verificarse dentro de los límites que permiten los presupuestos, y cuando fuese preciso un crédito, suplemento de crédito o presupuesto extraordinario, se iniciará su tramitación dentro del mes siguiente al día de la notificación de la sentencia, sin que pueda interrumpirse por ningún concepto.

Pese a estas categóricas normas del artículo 108 de la Ley Jurisdiccional, todos sabemos la gigantesca hazaña que supone lograr que el administrado obtenga el pago en cumplimiento de una sentencia.

Precisamente por ello, para superarlo, se intentó aprovechar la ocasión que brindaba la promulgación de una serie de disposiciones básicas mediante la consagración de una expedita medida que no ofrecía dificultad alguna, ni ponía en peligro el tesoro público y simplificaba al máximo el procedimiento.

En definitiva, se quería aplicar a todas las esferas administrativas principio análogo al que rige en el ámbito estrictamente tributario.

Se trataba de lo siguiente: que en los presupuestos del Estado y de las demás entidades públicas se consignara una partida fija en un tanto por mil del total, destinada a la ejecución de las sentencias de los tribunales de lo contencioso-administrativo que contuvieran condena al pago de cantidad líquida. El problema radicaba en consignar cantidad suficiente, pues conseguido esto, todo quedaba reducido a verificar la sentencia y ordenar el pago.

Esto se intentó, primero, al elaborar el anteproyecto de la Ley de Expropiación Forzosa, que logró la sanción legislativa en 1954, a fin de asegurar el pronto pago de los justiprecios fijados en vía procesal y las indemnizaciones como consecuencia de la responsabilidad administrativa, si bien con pretensión de generalidad; por segunda vez se intentó al elaborar la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956, y, por último, forzando mucho las

cosas, con motivo de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958. Pero en todas las ocasiones quedaron en buenos intentos.

El resultado no es otro que el mantenimiento del calvario que supone la ejecución de las sentencias.

Existen expropiaciones cuyo precio han fijado los tribunales hace varios años, muchos años —Podrían citarse ejemplos a miles—, sin que el expropiado vea la más remota posibilidad de cobrar.

Y no digamos las indemnizaciones como consecuencia de la responsabilidad patrimonial. En el Ministerio de Hacienda se duermen los expedientes de créditos extraordinarios o de suplementos de crédito, bajo el pretexto de la austeridad o cualquier otro *slogan* político de moda.

Y queda una última quiebra del sistema: la deficiente regulación de la responsabilidad administrativa.

Cuando después de ese calvario que supone la vía administrativa, el procedimiento económico-administrativo, el contencioso-administrativo y la ejecución, el administrado logra, al fin, recobrar aquella cantidad que tuvo que ingresar en virtud de una liquidación ilegal, ¿qué es lo que consigue? La devolución de una cifra igual a aquélla de que se vio privado. Pero lo único igual es la cifra, pues, por lo demás, es una caricatura del valor de la merma que sufrió su patrimonio.

Para convencerse de esta afirmación, bastará con acudir a los índices de precios del Instituto de Estadística. Sin tener en cuenta el legítimo lucro cesante de que se ha visto privado el administrado, limitándonos únicamente a confrontar el diferente valor del dinero al cabo de varios años, podremos calibrar la magnitud de la lesión patrimonial sufrida.

Sin embargo, tal y como está regulada la responsabilidad administrativa, o, mejor dicho, tal y como se interpreta nuestro ordenamiento jurídico sobre la materia, lo único cierto es que el contribuyente que tiene la desgracia de sufrir una liquidación tributaria ilegal y que cuando logre la devolución de la cantidad ingresada obtendrá únicamente esto: la cantidad pura y simple. Ni una sola peseta más. Ni lucro cesante, ni indemnización por la de-

valuación de la moneda, ni siquiera el interés legal del dinero durante el plazo que se vio privado del mismo. Y, por el contrario, habrá sufrido los gastos nada despreciables del proceso, ya que la condena en costas de la administración es un sueño irrealizable.

IV. OTROS SISTEMAS DE CONTROL

1. *Idea general*

Al margen de los sistemas tradicionales de justicia administrativa, han surgido instituciones que han prestado indiscutibles servicios al sometimiento de la administración pública a la norma.

Tal es el caso de la *Prokuratura* en las democracias populares, que tanto interés suscitó en los países occidentales.⁴¹

Ahora bien, la institución que merece mención especial por la difusión que últimamente ha alcanzado es el *ombudsman*.

2. *El ombudsman*

a) La institución, típicamente escandinava, tiene antecedentes remotos: se vincula su nacimiento en Suecia a la Constitución de 1809, habiéndose adoptado más tarde en Finlandia y Dinamarca.

b) Lo característico de la institución es su origen: el *ombudsman* es elegido al principio de cada legislatura por el Parlamento, a quien eleva anualmente una memoria de sus actividades. No es una jurisdicción. Pero está investido de las más amplias potestades para actuar frente a cualquier irregularidad administrativa de que tenga conocimiento.

c) Pese a sus orígenes remotos, cuando ha tenido difusión ha sido recientemente.⁴² Ante el fracaso de los sistemas tradiciona-

⁴¹ Un resumen de la bibliografía más característica sobre el tema, en mi *Derecho procesal administrativo*, 2a. ed., cit., I, pp. 433-445.

⁴² Puget, *Les institutions administratives étrangères*, París, 1969, pp. 263 y 264.

les de control de la actividad administrativa, se han vuelto los ojos a aquella institución, incluso en países tan apegados a sus sistemas clásicos como la Gran Bretaña.⁴³

3. *Crítica*

Frente a quienes defienden la implantación de instituciones extrañas para garantizar la sumisión de la administración pública al derecho, recordemos que, dentro del marco clásico de nuestro ordenamiento, existen instituciones, si bien en buena parte inéditas, que pueden ser instrumentos preciosos en aquella línea de las garantías. Intentemos darles vitalidad antes de poner los ojos en sistemas nacidos en el seno de comunidades muy distintas a la nuestra. Y tengamos siempre muy presente que un juez de instrucción, que un juez de primera instancia, siempre servirá a la justicia mucho mejor que un *ombudsman*, pues precisamente ha sido preparado e instituido, no por razones políticas, no dependiendo de ningún parlamento, para administrar justicia, rodeado de la más sagrada independencia.

Ante estos intentos de potenciar al máximo la función del juez en la tarea de garantizar la sumisión de la administración al derecho, no falta quien se rasga las vestiduras y exclama alarmado: “eso sería implantar el *gobierno de los jueces*”.

Sólo el apasionamiento puede conducir a una ofuscación que permita tales afirmaciones, pues el ejercicio de la función jurisdiccional, realmente ejercido, nunca puede interferir lo más mínimo con el ejercicio de la función de gobierno.

⁴³ El fenómeno no es exclusivamente español, ni se ha producido en España con tanta virulencia como en otros países. Por el contrario, se ha dado con una generalidad poco frecuente. *Cfr.*, por ejemplo, el conjunto de trabajos publicados bajo la dirección de Donald C. Rowat, con el título de *The Ombudsman Citizen's Defender*, Londres, 1968. Y la completa y ya citada monografía de Napione.

Hasta en países tan apegados a su tradición, como Gran Bretaña, se ha pensado en esta institución: *cfr.* Baratier, “Une nouvelle garantie des sujets britanniques contre les pouvoirs administratifs”, *Revue de Droit Public et de la Science Politique*, enero-febrero de 1966, pp. 85-90.

Pero, en todo caso, lo que en modo alguno resulta comprensible es el tono de alarma con que se contempla el fenómeno, pues ¿podría aspirar el administrado a algo mejor que a un gobierno que estuviese en manos de la figura serena, objetiva e imparcial del juez, en lugar de la apasionada, subjetiva y parcial del político?

Lo grave no sería nunca un *gobierno de jueces*, sino una *justicia de los políticos*, pues el peligro, el verdadero peligro, está en que, bajo la toga del magistrado se oculte un político que utilice la administración de justicia para hacer política.

Frente a este peligro, todas las garantías son pocas. Evitemos, sí, que los políticos puedan infiltrarse en los sanos cuadros de nuestra judicatura. Pero conseguido esto, no tengamos miedo en reconocer al juez las más amplias potestades en el ejercicio de su función. Pues un juez, un verdadero juez, siempre tendrá el sentido exacto de la medida en su delicada misión de hacer que políticos y administradores no se salgan del marco de la ley al realizar sus fines.