

## EL ACCESO A LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA

Johann-Christian PIELOW

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Garantía del acceso a la justicia administrativa y de la tutela judicial efectiva*. III. *Justicia administrativa versus modernización, especialmente “privatización” de la administración*. IV. *El acceso a la justicia administrativa versus modificación de las formas de la actuación administrativa*. V. *Europeización versus diversidad de los conceptos nacionales del acceso a la justicia administrativa*. VI. *Conclusión*.

### I. INTRODUCCIÓN

#### 1. *La justicia administrativa ante los retos de la modernización e internacionalización del Estado de derecho*

El tema del acceso a la justicia administrativa está —a principios del siglo XXI— estrechamente vinculado a los fuertes cambios estructurales que están operando la administración pública y el derecho administrativo, y con ellos todo el Estado social de derecho en su conjunto. Aquellos cambios paradigmáticos se han desarrollado —al menos en lo referente a los sistemas jurídico-administrativos en los países de la Unión Europea y a partir de la década de los ochenta— siguiendo dos ejes principales.

Por un lado, se trata de de motivos “internos” que requieren considerables adaptaciones de la administración pública: el antiguo Estado de bienestar —el Estado de la *Daseinsvorsorge* en Alemania, el *État providence* en terminología francesa o bien el Estado de fomento y de los servicios públicos en el mundo hispano-parlante— tal y como evolucionó desde los inicios del siglo pasado, ha llegado a sus límites. El sucesivo y

masivo aumento de las tareas públicas —por ejemplo en materias de la infraestructura pública (sanidad y formación pública, sistemas de la seguridad y de la ayuda social) y últimamente y de manera especial en materias de la protección del medio ambiente— llevó consigo un exceso hasta un verdadero colapso de los Estados de prestación que carecen en cada vez mayor medida de los debidos recursos financieros y personales para satisfacer las múltiples y cada vez nuevas expectativas de los ciudadanos. Aquella crisis del *Leviathan* se observa en cierta medida también en el campo de la protección jurídica de los ciudadanos: el continuo aumento de los asuntos públicos trae consigo cada vez y automáticamente nuevos intereses o derechos y con esto una mayor e intensa complejidad de los conflictos jurídicos.<sup>1</sup> El intento de resolver estos conflictos “pluridimensionales” puede llevar justamente a lo contrario de lo que se entiende bajo la “eficacia” de la protección por los tribunales administrativos, es decir: a “hinchar” el sistema de la protección judicial mediante inmensas inversiones de tiempo y de finanzas hasta llegar a un verdadero bloqueo del mismo. Así resulta obvio que el tema del acceso a la justicia administrativa está incluido en los debates y maniobras hacia una nueva racionalización o modernización del Estado prestacional y de su aparato ejecutivo —todo en el sentido de los lemas conocidos tales como la debida “retirada” del Estado y su *Good Governance* así como el “adelgazamiento” de su aparato ejecutivo —y también judicial.

El segundo eje evolutivo es de naturaleza “externa” y concierne al creciente enlazamiento del antiguo Estado soberano en los procesos de la internacionalización y “globalización” —que lleva consigo no sólo otros motivos para una aparente pérdida de capacidad directiva y de decisión (en alemán: *Steuerungsfähigkeit*) de los Estados nacionales. Desde el punto de vista del acceso a la justicia administrativa, no se trata de los ya

<sup>1</sup> Véase en la doctrina interdisciplinaria (jurídica, socio-politóloga y economista); por ejemplo, Schuppert, “Zur Neubelebung der Staatsdiskussion: Entzauberung des Staates oder Bringing the State back in?”, *Der Staat*, vol. 28, 1989, pp. 91 y ss.; del mismo autor: “Rückzug des Staates?”, *Die öffentliche Verwaltung*, DÖV, 1995, pp. 761 y ss.; Ellwein y Hesse, *Der überforderte Staat*, 1994; Grimm (ed.), *Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, 1990. También las atribuciones al tema de la administración y el derecho administrativo entre la auto-regulación de la sociedad y la dirección estatal (*Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung*) de la Asociación de los Catedráticos de Derecho Público Alemmanes, *Verhandlungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* (VVDStRL), vol. 56, 1997.

conocidos procesos de una convergencia “horizontal”, es decir: las inspiraciones recíprocas entre nuestros ordenamientos jurídicos y la adaptación voluntaria de conceptos judiciales en determinados países por otros.<sup>2</sup> Más bien, nos encontramos hoy en día ante crecientes influencias “verticales” y obligatorias de nuestros sistemas judiciales— y esto en un doble sentido: se trata, por un lado, de las cada vez mayores vinculaciones por parte de los tratados e instituciones internacionales, como por ejemplo en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1953 con la fuerte influencia desarrollada por el Tribunal Europeo de derechos Humanos en Estrasburgo.<sup>3</sup> Por otro lado, alcanzan en este contexto una especial relevancia las nuevas vinculaciones procedentes de los ordenamientos “supranacionales” como se observa especialmente en el margen de la integración europea. Esto se debe no sólo a la aplicación de las normas supranacionales por las autoridades y tribunales en los Estados miembros sino también a través de los efectos inmediatos que surgen de la legislación derivada y de la correspondiente jurisprudencia del Tribunal de Justicia en Luxemburgo tanto para la institución como el contenido de la justicia administrativa en los países miembros (*infra* V). Finalmente resulta claro que en el mundo “globalizado” en que estamos viviendo y que provoca una mayor competencia entre nuestros Estados para la ubicación de actividades y instalaciones industriales o comerciales, que el grado y el modo del acceso a la justicia forman —entre otros muchos motivos— un factor importante para la atractividad y así para la competitividad de un país frente a posibles inversores extranjeros.

## 2. *Nuevos campos de tensión*

Ante estos movimientos paradigmáticos del Estado nacional de derecho quisiera analizar con más detalle, y desde una perspectiva más bien teórica, los nuevos campos de tensión con los cuales se ve enfrentada la temática del acceso a la justicia administrativa hoy en día. Para ejemplificar estos nuevos desafíos y las respectivas repercusiones en la práctica

<sup>2</sup> Por ejemplo y especialmente, la adaptación de las estructuras de la justicia administrativa francesa con el tradicional modelo del *Conseil d'Etat* en los tiempos después de la Gran Revolución en muchos otros países europeos y también fuera de Europa.

<sup>3</sup> Véase también *infra* II-2-D. Lo mismo valdrá sin ninguna duda bajo el techo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969.

de la justicia administrativa así como los intentos desarrollados para su resolución, me voy a concentrar, claro está, en la situación y el derecho del contencioso administrativo en Alemania, ilustrando a la vez algunas peculiaridades en otros países de la Unión Europea.

Se trata, en primer lugar, de poner de relieve algunas evoluciones recientes en lo referido a la propia garantía (jurídico-constitucional) del acceso a la justicia administrativa así como a la “efectividad” de la tutela judicial (*infra* II.). En segundo lugar, vamos a esbozar algunos cambios importantes del acceso a la justicia administrativa que proceden de la ya mencionada “modernización” de la administración pública, bajo especial consideración del fenómeno de la “privatización” (*infra* III) y del cambio de los propios modos de la actuación administrativa (*infra* IV). El último párrafo (IV) concierne finalmente las influencias “verticales” de los ordenamientos nacionales de la justicia administrativa por parte del derecho y de la jurisprudencia a nivel de la Unión Europea.

## II. GARANTÍA DEL ACCESO A LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA Y DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Toda reflexión sobre el acceso a la justicia administrativa tiene que partir de las respectivas bases jurídico-constitucionales, es decir: del derecho fundamental a la protección judicial contra los actos dañosos de los poderes públicos tal y como lo encontramos garantizado *expressis verbis* en la mayoría de los textos constitucionales, por ejemplo en el artículo 19 párrafo cuarto de la Constitución alemana, la Ley Fundamental de Bonn de 1949: “Toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público, podrá recurrir a la vía judicial. Si no hubiese otra jurisdicción competente para conocer el recurso, la vía será la de los tribunales ordinarios...”<sup>4</sup>

<sup>4</sup> Véanse además los artículos. 24, 106 de la Constitución Española; el artículo 103 de la Constitución de la República Italiana; ahora también: artículo II-47 del Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa del 20 de junio de 2003 (CONV 820/03). También cuando el propio texto constitucional calla, como por ejemplo, en Suecia, los Países Bajos y en Bélgica, con respecto al acceso a la justicia, debemos deducir aquel derecho de los conceptos generales de la legalidad y justicia de la actuación del Estado, concretamente del principio de Estado de derecho con el allí inminente derecho general a la tutela judicial (*allgemeiner Justitgewährungsanspruch*), Véase E.

Ahora bien, la propia garantía constitucional del acceso a la justicia no constituye, a pesar de su carácter de “derecho” fundamental, nada más que un principio programático y relativo, sin que podamos deducir de esta norma repuestas concretas sobre el exacto alcance de protección, es decir: sobre el ¿si? y el ¿en qué medida? del acceso a la justicia administrativa.<sup>5</sup> No obstante, se distingue generalmente entre dos ramos generales de efectos de protección, a decir: la propia existencia de una organización judicial así como el mandato de la tutela “efectiva” por los órganos del contencioso administrativo.

### 1. *La organización judicial*

Por un lado, debe existir una organización regular de instituciones jurisprudenciales independientes<sup>6</sup> aptas para decidir sobre las demandas contra el poder público, lo que en un principio ni siquiera requiere la existencia de propios tribunales administrativos. Conocemos el concepto “monista” de la organización jurisprudencial, donde se resuelven los recursos contra los actos públicos por los tribunales ordinarios (como sigue siendo el caso especialmente en Inglaterra),<sup>7</sup> y el artículo 19 párrafo

Schmidt-Assmann, en Maunz y Dürig *et al.* (eds.), *Grundgesetz (Comentario a la Ley Fundamental)*, § 19 IV, núm. 1. Sobre parecidas contenidos en la *rule of law* inglesa se puede consultar el libro de Pereira Menaut, *Rule of Law o Estado de derecho*, Madrid, 2003, donde se alude igualmente a las actuales influencias recíprocas (sic) entre este concepto y el principio “continental” del Estado de derecho.

<sup>5</sup> Hay que considerar también que no se trata de un clásico derecho de defensa sino de un derecho de “prestación” cuyo contenido protectivo tiene que ser, debido ya a la propia capacidad de prestación en cada país, necesariamente más abierto.

<sup>6</sup> Sobre la prohibición de tribunales “de excepción” y el derecho al juez legal véase por ejemplo, el artículo 101 de la Ley Fundamental alemana “1) No están permitidos los tribunales de excepción. Nadie podrá ser sustraído a su juez legal. 2) Sólo por ley podrán ser instituidos tribunales para materias especiales”. Juega un papel nuevamente actualizado en el contexto de la lucha contra el terrorismo internacional, cuando se trata —como en los Estados Unidos— de crear tribunales especiales (así como prisiones preventivas) para presuntos militantes de grupos terroristas.

<sup>7</sup> También, y debido a la inexistencia de un propio derecho “público”, después de la creación de un *Administrative Court* que sólo forma un elemento dependiente de la *Queen’s Bench Division of the High Court*, *cfr.* (de manera muy instructiva) J. A. Jolowicz, “Administrative procedure in English law”, Instituto de Derecho público (ed.), *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI (estudios en homenaje del Prof. A.R. Brewer-Carias)*, Madrid, 2003, t. II, p. 2423 y ss.; para una distinción entre el concepto

cuarto de la Ley Fundamental alemana postula —en su segunda frase y a pesar de la existencia de una importante organización de justicia administrativa— una competencia residual en favor del juez ordinario. Por su lado, la organización del Poder Judicial depende en gran medida del reparto de las competencias jurisdiccionales especialmente en Estados “compuestos” o, en términos españoles, de “pluralismo político”. Así, el artículo 92 de la Ley Fundamental alemana otorga el Poder Judicial en primer lugar a los estados federados (los *Länder*)<sup>8</sup> —en su caso, con propia jurisprudencia constitucional— si bien se postula, en el artículo 95 párrafo primero de la Ley Fundamental y con el fin de asegurar la homogeneidad de la jurisprudencia, también una serie de tribunales supremos a nivel nacional, entre ellos la Corte Federal del Contencioso Administrativo (*Bundesverwaltungsgericht*) que acaba de cumplir su cincuenta aniversario,<sup>9</sup> por no olvidar la Corte Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*).<sup>10</sup>

Más allá de esas peticiones jurídico-constitucionales, el alcance del acceso a la justicia administrativa depende nuevamente y en gran medida de su precisión por el legislador (en Alemania: por la Ley Federal sobre la Justicia Administrativa, *Verwaltungsgerichtsordnung, VwGO*).<sup>11</sup> El artículo 19 párrafo cuarto de la Ley Fundamental y las normas sobre la organización del cuerpo judicial no se expresan ni sobre la organización interna de la justicia administrativa (por ejemplo, ¿juzgados unipersonales u órganos colegiales?) ni sobre el alcance de la vía judicial, especial-

“dualista” y “monista” de la justicia administrativa: Gross, “Konvergenzen des Verwaltungsrechtsschutzes in der Europäischen Union”, *Die Verwaltung*, 2000, vol. 33, pp. 415, 418 y ss.

<sup>8</sup> “El Poder Judicial es confiado a los jueces; es ejercido por la Corte Constitucional Federal y por los tribunales federales previstos en la presente Ley Fundamental y por los tribunales de los Länder”.

<sup>9</sup> Véase la página web del *Bundesverwaltungsgericht* (VwGO) en Leipzig: [www.bverwg.de](http://www.bverwg.de); con ocasión del cincuenta aniversario de este Tribunal se ha editado un libro homenaje: Schmidt-Assmann (ed.), *Festgabe 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht*, 2003. El artículo 95 párrafo primero de la Ley Fundamental prevé además: la Corte Federal (justicia ordinaria, penal y civil, el *Bundesgerichtshof*), la Corte Federal de las Finanzas/Hacienda (*Bundesfinanzhof*), la Corte Federal de Trabajo (*Bundesarbeitsgericht*) y la Corte Federal Social (*Bundessozialgericht*).

<sup>10</sup> Según los artículos 92 a 94 de la Ley Fundamental.

<sup>11</sup> *Cfr. Verwaltungsgerichtsordnung* del 19 de marzo de 1991 (*Boletín Oficial de la Federación —Bundesgesetzblatt—* I, p. 686) con últimas modificaciones realizadas por la Ley del 5.5.2004 (BGBl. I, p. 718).

mente sobre las posibilidades de recurrir en instancias superiores de apelación y/o de casación o de pedir previas medidas cautelares.<sup>12</sup> Tampoco se prohíben recortes y limitaciones posteriores de un determinado estándar del contencioso administrativo una vez existiendo, tal y como han sido realizadas en los últimos años en Alemania (*infra* 3).

## 2. Tutela efectiva

Cierto que la mejor organización de una justicia administrativa no vale nada si no se efectúa el acceso a la misma en la realidad, o —en palabras de la Corte Constitucional Federal Alemana— si no se garantice sustancialmente e individualmente “un control judicial verdaderamente efectivo”.<sup>13</sup> El principio de la tutela efectiva forma otro pilar decisivo de cada ordenamiento judicial del cual emanan, en lo referido a la accesibilidad de la justicia administrativa, importantes reivindicaciones, de las que destacan las siguientes.<sup>14</sup>

### A. La claridad de la vía judicial

En primer lugar, se tiene que garantizar la adecuada claridad sobre las distintas vías judiciales y la elección entre ellas así como entre los diferentes modos de recurso judicial. A tal fin sirve especialmente la cláusula general sobre la competencia de los tribunales administrativos en la Ley Alemana sobre la Justicia Administrativa (artículo 40 párrafo primero, VwGO) cada vez cuando haya un asunto de naturaleza jurídico-pública (o bien: de derecho administrativo) que no sea de carácter jurídico-constitucional. Con ello queda garantizado el derecho a la jurisdicción en el supuesto (no sólo teórico) de que para un asunto público no entrase a conocer la jurisdicción contencioso administrativa o las jurisdicciones administrativas especiales (por ejemplo: tribunales de asuntos de seguridad social y

<sup>12</sup> Véanse también las sentencias de la Corte Constitucional Federal, en: BVerfGE 4, 74 (94 f.); 87, 48 (61); 89, 381 (390); Schmidt-Assmann, en Schoch *et al.*, (eds.), *Verwaltungsgerichtsordnung* (comentario), 2003, Einleitung, p. 18 núm. 27 y ss.; ni siquiera se requiere una segunda instancia para materias complicadas.

<sup>13</sup> *Cfr.* por ejemplo, BVerfGE 35, 263 (274); 61, 82 (110 f.).

<sup>14</sup> De manera exhaustiva e instructiva sobre estos requerimientos: Schmidt-Assmann, en Maunz y Dürig *et al.* (eds.), *Grundgesetz* (comentario), 2003, artículo 19 párrafo 4 núm. 233 y ss.

tribunales de hacienda). La cláusula general pública se combina con la cláusula general en derecho procesal civil. De contraponer ambas cláusulas generales resulta que no pueda quedar un asunto sin amparo judicial, ya que los asuntos jurídicos o son públicos o son privados. Queda excluido así cualquier sistema de *numerus clausus* de las acciones o pretensiones especiales —por correr el riesgo de dejar nuevos tipos de asuntos jurídicos fuera del amparo judicial— igual que cada extinción definitiva de determinadas vías judiciales.

### B. *Limitaciones arbitrarias*

Principalmente se admiten meras limitaciones —formales o temporales— del acceso a la justicia administrativa, si bien bajo reserva de su legitimación por los intereses públicos y de la debida consideración de los derechos fundamentales y del principio de la proporcionalidad. Se prohíben entonces limitaciones arbitrarias, tanto que se trate de los plazos para interponer una acción judicial (debe ser posible especialmente la reposición al estado anterior), de la obligación a recurrir en un procedimiento administrativo previo, de la preclusión de objeciones que no han sido declaradas dentro del plazo previsto en el procedimiento administrativo como de la caducidad de la acción judicial (por ejemplo, por razones de buena fe) o del renuncio a la misma. Entran en esta categoría finalmente las reglas sobre el uso de idiomas extranjeros en el juicio<sup>15</sup> así como sobre las tasas judiciales y, en su caso, de la debida concesión del beneficio de pobreza.<sup>16</sup> Se puede mencionar también la regulación de los honorarios de abogado,<sup>17</sup> especialmente cuando el legislador pretende fomentar por esta vía —y de una manera exagerada— la conciliación extrajudicial de los litigios (véase también *infra* IV-3-A).

<sup>15</sup> Sobre este asunto, se expresan por ejemplo, los artículos 185 y ss. de la Ley (alemana) sobre el Ordenamiento de la Justicia (*Gerichtsverfassungsgesetz*), válida para todos los cuerpos y procedimientos judiciales.

<sup>16</sup> Sobre las consecuencias de la reciente reforma de la legislación (alemana) sobre los costes procesales: Stuttmann, “Auswirkungen des neuen Gerichtskostengesetzes auf den Verwaltungsprozess”, *Deutsches Verwaltungsblatt* (DVBl.), 2004, pp. 681 y ss.

<sup>17</sup> Una reforma de los honorarios de abogado va entrar en vigor en Alemania el día 1o. de julio 2004, *cf.*: Hartung, “Das neue Rechtsanwaltsvergütungsgesetz”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2004, pp. 1409 y ss.

### C. ¿Recurso contra cualquier acto de los poderes públicos?

Para el alcance y la efectividad de la tutela judicial es decisivo saber también, si se admite el recurso judicial contra cualquier acto del “poder público” —en palabras del artículo 19 párrafo cuarto de la Ley Fundamental alemana— o si se abre la vía judicial sólo cuando estamos, como dice por ejemplo el artículo 43 de la Constitución argentina, ante actos (u omisiones) de las autoridades públicas. Esta última norma parece limitarse sólo a la tutela frente al Poder Ejecutivo si no, de manera más estrecha aún, a los entes meramente administrativos (excluyendo así los actos de gobierno).<sup>18</sup> Ciertamente que con esta pregunta ya estamos dejando el tema del acceso a la justicia “administrativa”. Allí no caben en un principio los juicios contra los actos legislativos ni jurisprudenciales; estamos más bien (al menos en Alemania, España y Francia) ante la competencia de los tribunales constitucionales. No obstante, me parece imprescindible subrayar en este contexto que la doctrina alemana de hoy en día se expresa en gran mayoría y conforme a la más reciente jurisdicción de la Corte Constitucional Federal en favor de la tutela efectiva contra *todos* los actos públicos.<sup>19</sup> Excepciones a esta regla requieren una clara habilitación a nivel jurídico-constitucional, como han sido realizadas en Alemania en el ámbito de la protección del secreto epistolar, postal y de telecomunicaciones,<sup>20</sup> en lo referido a las resoluciones de las comisiones

<sup>18</sup> Como parcialmente aún es el caso en Francia, *cf.* los avisos ius-comparativos de *Bianchi*, “El control judicial de la administración pública bajo la llamada doctrina de la deferencia”, en Instituto de Derecho público (ed.), *Estudios en homenaje a A.R. Brewer-Carias*, *cit.*, nota 7, pp. 2265 y ss. (con más referencias acerca del sistema español y francés).

<sup>19</sup> Sobre la problemática de la debida tutela efectiva contra los actos judiciales (por ejemplo, cuando se trata de la revisión de decisiones que lesionen de manera manifiesta derechos individuales sin que haya un remedio de apelación) véase A. Vosskuhle, *Rechtsschutz gegen den Richter*, 1993; E. Schmidt-Assmann, *op. cit.*, nota 14, núms. 96 y ss.

<sup>20</sup> Según el artículo 10 párrafo 2 de la Ley Fundamental (en su versión de una enmienda constitucional en el año 1968) se pueden disponer restricciones de estas libertades en virtud de una ley: “Si la restricción está destinada a proteger el régimen fundamental de libertad y democracia o la existencia o seguridad de la Federación o de un Land, la ley podrá disponer que no se informe al afectado y que el recurso jurisdiccional sea remplazado por el control de órganos auxiliares por los representantes del pueblo”; para una interpretación bastante restrictiva de esta norma, véase la sentencia de la Corte Constitucional Federal en BVerfGE 30, 1 (24 y ss.).

(parlamentarias) de investigación<sup>21</sup> así como en el curso de la reforma del derecho de asilo.<sup>22</sup> Entran en el juego de esta manera no sólo las propias leyes federales y regionales (de los estados federados) —en su caso y ya desde la aprobación de la Ley Fundamental objetos de recursos especiales—<sup>23</sup> sino también los actos gubernamentales<sup>24</sup> tanto como las actividades “legislativas”, mejor: normativas de los entes ejecutivos (ministerios federales y regionales), especialmente los reglamentos y ordenanzas.<sup>25</sup>

<sup>21</sup> Según el artículo 44, párrafo 4, de la Ley Fundamental estas resoluciones no podrán ser sometidas a la consideración judicial.

<sup>22</sup> Según el nuevo artículo 16a párrafo cuarto de la Ley Fundamental (introducido en año 1993), el juez (administrativo) sólo podrá ordenar la suspensión de la ejecución de medidas, que pongan fin a la residencia “manifestamente injustificada” de un extranjero en el territorio nacional, “si hay serias dudas en cuanto a la legalidad de la medida; la extensión de la investigación puede ser restringida y una alegación posterior al plazo fijado puede no ser tenida en cuenta; la regulación se hará por una ley”. Para más informaciones: Becker, en: von Mangoldt/Klein/Starck (eds.), *Das Bonner Grundgesetz* (comentario a la Ley Fundamental), 4a. ed., 1999, t. 1, artículo 16a, núms. 123 y ss.

<sup>23</sup> Mediante el “control abstracto de normas” según el artículo 93, párrafo 1, núm. 2 de la Ley Fundamental a petición del gobierno federal, del gobierno de una *Land* o de un tercio de los miembros del *Bundestag* (parlamento federal); el mismo remedio se da contra las leyes regionales a nivel de los estados federados (*Länder*) con propio Tribunal Constitucional (regional), así como a través del “control concreto” mediante la pronunciación prejudicial de la Corte Constitucional a petición de cualquier tribunal ordinario, administrativo, etcétera.

<sup>24</sup> Ya por no poder ser definidos claramente; restricciones se dan, sin embargo y cuando se trata por ejemplo, del control de los actos de la política exterior o económica, en lo referido a la *densidad* del control durante el recurso o simplemente, porque el demandante no puede apoyarse en la lesión *directa* de un derecho subjetivo, *cf.* Schmidt y Assmann, *op. cit.*, nota 14, núms. 81 y ss.

<sup>25</sup> En este último contexto se estaba discutiendo durante un tiempo en Alemania, si un reglamento con efecto directo, es decir: con inmediata lesión de un derecho subjetivo (sin necesidad de un acto ejecutivo; “*self-executing-Norm*”) puede ser atacado por el afectado directamente a través del recurso de amparo delante la Corte Constitucional Federal. El problema se planteó en vista de las actuales formas de acción en la Ley sobre la justicia administrativa, que no cabían, según su hasta ahora específico ámbito de aplicación, para estos casos concretos. La polémica fue resuelta en vista del principio de la *subsidiariedad* del recurso de amparo así como de la propia garantía de la tutela judicial en el artículo 19 párrafo 4 de la Ley Fundamental, que prohíbe un *numerus clausus* de las acciones judiciales, y en el sentido de que los ya existentes recursos en la Ley del Contencioso Administrativo tienen que ser interpretados de manera exhaustiva (y aplicadas también en casos atípicos) o que se tienen que crear *nuevas* formas de acción aptas para abarcar estos casos de los reglamentos con efecto jurídico directo. Véase Pielow,

#### D. *El acceso a la justicia dentro de un plazo razonable*

Finalmente, la efectividad de la tutela judicial requiere el acceso a la justicia administrativa “dentro de un tiempo razonable”.<sup>26</sup> Con esto, se pide en primer lugar un sistema efectivo de la *tutela cautelar* cada vez cuando existe el riesgo de que la decisión judicial final (en cuanto a fondo) lleve —como en el caso de la reclamada admisión de una empresa a infraestructuras públicas (por ejemplo, a una feria que sólo dura pocos días) o de una demanda de tercería contra una autorización de construir— demasiado tarde y cause daños irreparables. En este contexto contamos con importantes matices especialmente por parte de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en Luxemburgo que voy a esbozar más adelante (*infra* V-3-B). Habrá que destacar aquí que la efectividad temporal del acceso a la justicia requiere, en segundo lugar, la resolución *definitiva* del asunto dentro de un plazo razonable, lo que está prescrito explícitamente en el artículo 6 párrafo primero del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que postula el derecho a un “tratamiento correcto dentro de un tiempo adecuado” (*fair trial within reasonable time*).<sup>27</sup> En reiteradas ocasiones ha sido especialmente la justicia alemana (incluida la Corte Constitucional Federal) la que —como consecuencia de un entendimiento “exagerado” de la *Rech tsstaatlichkeit* y en relación con procedimientos judiciales que duraban seis años y más— se vio condenada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Estrasburgo) por no haber cumplido con este requisito.<sup>28</sup> Entretanto, el mismo tribunal está pidiendo a los Estados miembros del Convenio (y conforme a gran parte de la doctrina alemana)<sup>29</sup> establecer un especial recurso “de aceleración”

“Aktuelle Entwicklungen beim Rechtsschutz gegenüber untergesetzlichen Normen”, *Die Verwaltung*, 1999, vol. 32, pp. 445 y ss. —seguido por la Corte Constitucional Federal en su sentencia del 3 de julio 2001 (1 BvR 1472/99)— así como Schmidt-Assmann, *op. cit.*, nota 14, núms. 53 y ss.

<sup>26</sup> Sentencia de la Corte Constitucional Federal, BVerfGE 69, 253 (269).

<sup>27</sup> Sobre el principio del *fair trial* véase también: Tettinger, *Fairness und Waffengleichheit: Rechtsstaatliche Direktiven für Prozess und Verwaltungsverfahren*, 1984.

<sup>28</sup> Véanse por ejemplo, las sentencias publicadas en *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 1979, pp. 477 y ss., 1989, pp. 652 y ss., así como 1997, pp. 2809 y ss. Las sentencias se pueden consultar también en la página web [www.echr.coe.int/Fr/Judgments.htm](http://www.echr.coe.int/Fr/Judgments.htm).

<sup>29</sup> *Cfr.* las referencias en Schmidt-Assmann, *op. cit.*, nota 14, núm. 263a; véase también: Riedel, “Access to Justice as a Fundamental Right in the German Legal Order”, en

(*Beschleunigungsbeschwerde*) para evitar la variación de la tutela efectiva a través de procedimientos que duran demasiado.<sup>30</sup>

### 3. *Efectividad de la tutela judicial, seguridad jurídica y eficacia administrativa*

Donde hay tanta iluminación, también deben existir sombras, cierto que el lema jurídico-constitucional de la tutela efectiva trae consigo, como ya se deduce de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, considerables riesgos y desventajas, cuanto más extendemos el acceso a la justicia administrativa (con cada vez nuevas instancias de decisión y prolongados procedimientos de todo tipo de recurso) tanto más sufrirá el propio interés en la debida creación de la seguridad jurídica —o sea: seguridad jurídica del recurrente que debe temer, durante los años que puede durar un trámite judicial, de ser afrentado a cada vez nuevas objeciones por la parte contraria o por parte de terceros o bien, en el peor caso, de recibir una decisión del juez que al fin y al cabo— piénsense en la lucha por la autorización de un establecimiento industrial —ya no tiene ningún valor para el demandante, como resultado por ejemplo, de un cambio de las demás condiciones marco para inversiones—.

Un menoscabo de la seguridad jurídica se da también, y por otro lado, desde la perspectiva de los entes administrativos, imagínense los efectos negativos que resultan para el equilibrio y desarrollo regional y económico cuando importantes procesos de la planificación infraestructural (para carreteras, aeropuertos o plantas para la producción de energía) se ven frenados u obstaculizados por reiterados recursos judiciales de terceros (vecinos, otras autoridades públicas como los municipios afectados o asociaciones para la protección del medioambiente). De allí las voces que advierten ya por convertir la efectividad de la tutela judicial en el otro ex-

Riedel (ed.), *German Reports on Public Law*, 1998, pp. 77 y ss., especialmente pp. 84 y ss.; recientemente: Britz y Pfeifer, “Rechtsbehelf gegen unangemessene Verfahrensdauer im Verwaltungsprozess”, *Die öffentliche Verwaltung* (DÖV), 2004, pp. 245 y ss.

<sup>30</sup> Cfr. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en: *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW), 2001, pp. 2694, 2699 y ss., basándose también en el artículo 13 del Convenio que requiere un recurso efectivo ante las instituciones nacionales para la defensa contra violaciones de los derechos individuales del Convenio. Por más detalles: Gundel, *Deutsches Verwaltungsblatt*, 2004, pp. 17 y ss.

tremo del acceso a la justicia, que sería la “hipertrofia del Estado de derecho” o bien el “Estado de derecho total”<sup>31</sup> por llevar consigo considerables paralizaciones de las demás actividades públicas y privadas.

Entra en juego entonces, al lado de la efectividad de la tutela judicial y sobre todo en vista de los actuales *déficits* en muchos presupuestos públicos, también el aspecto meramente económico de la eficacia de los sistemas: eficacia de la administración y a la vez eficacia de la justicia administrativa, visando a realizar el máximo efecto práctico para la persecución de los fines públicos con un mínimo de gastos públicos.<sup>32</sup> Con ello, habrá que darse cuenta en cierta medida de un papel hasta esquizofrénico del acceso “efectivo” a la justicia administrativa. Cuando se extiende este principio de manera excesiva, se llega a la paralización de las demás tareas públicas así como de su antes constatado valor como *soft skill* y garante para la competitividad económica del país y de su industria, por no hablar de la pérdida de confianza del propio ciudadano en el buen funcionamiento del Poder Judicial. De algún modo podríamos decir: más acceso a la justicia significa menos calidad de la tutela judicial, o viceversa: menos acceso a la justicia significa más efectividad (y a la vez eficacia) del sistema en su conjunto.

Así se entiende que el reciente desarrollo del contencioso administrativo en Alemania ha sido caracterizado por el intento de abandonar algunos excesos que ha tomado el acceso a la justicia administrativa en los últimos tiempos. Los respectivos proyectos de reformas se llevaron a cabo precisamente en el curso de la reunificación alemana, cuando se trataba de llevar adelante la adaptación de las infraestructuras públicas en los territorios de la antigua República Democrática Alemana —sin frenar este proceso por exagerados procedimientos judiciales— y también con el

<sup>31</sup> Véase Schmidt-Assmann, en Schoch y Schmidt-Assmann (eds.), *op. cit.*, nota 12, Einleitung, núm. 3, con más referencias.

<sup>32</sup> Generalmente sobre la debida (y discutida) “economización” de la administración pública y de la justicia administrativa en la literatura alemana, y entre muchos otros: Gross, “Ökonomisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit und des Verwaltungsprozessrechts”, *Die Verwaltung*, 2001, p. 371 y ss.; Burgi, “Der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit im Verwaltungsrecht”, Butzer (ed.), *Wirtschaftlichkeit im Organisations- und Verfahrensrecht*, 2004, así como las contribuciones a la obra colectiva de Hoffmann-Riem (Hrsg.), *Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht*, 1998. Sobre los aspectos económicos de la actividad judicial también: Würtenberger, *Festschrift*, 2002, pp. 631 y ss.

fin de descargar la justicia administrativa en su conjunto.<sup>33</sup> Elementos claves de este proceso de reforma han sido el drástico recorte del derecho de apelación,<sup>34</sup> considerables recortes de los recursos contra planes (especialmente planes de urbanismos) así como la limitación del efecto suspensivo de los recursos judiciales o administrativos y mayores posibilidades para los tribunales administrativos de primera instancia para decidir en composición del juez único, en vez de la sala con tres jueces y dos adjuntos, como es la regla. Muchas de estas reformas han sido criticadas por el “accionismo a toda prisa” del legislar e incluso por su (parcial o total) inconstitucionalidad,<sup>35</sup> lo que llevó a una modesta “reforma de la reforma” con algunas anulaciones de las anteriores agravaciones mediante Ley del 20 de diciembre de 2001.<sup>36</sup> De momento, se está discutiendo —más bien por motivos económicos— la fusión de la hasta ahora independiente justicia social (*Sozialgerichtsbarkeit*) con la justicia administrativa<sup>37</sup> así como la habilitación para una mayor auto-administración (sobre todo financiera) del Poder Judicial contencioso administrativo.<sup>38</sup>

De todas maneras, el principio de la tutela efectiva no se puede entender de manera absoluta como cláusula mágica o mandato hacia su optimización o maximización. Como ha dicho con toda razón el *iuspublicista* alemán Eberhard Schmidt-Assmann, debe aplicarse más bien en el sentido de un “mandato de ponderación” (*Abwägungsprinzip*), con el fin de crear un “equilibrio entre la protección de los derechos individuales y

<sup>33</sup> Véase especialmente la Sexta Ley sobre la modificación de la Ley sobre la Justicia Administrativa (6. *Gesetz zur Änderung der Verwaltungsgerichtsordnung*) del 1o. de noviembre de 1996 (BGBl. I, p. 1626). Aquella reforma se vió acompañada por modificaciones sustanciales de la legislación sobre la planificación del territorio y de urbanismo así como sobre el procedimiento administrativo general, caracterizadas por considerables simplificaciones, aceleraciones y también “privatizaciones” de los procedimientos de planificación así como por mayores posibilidades para la subsanación de faltas en el procedimiento administrativo y de planificación.

<sup>34</sup> Hoy sólo se admite cuando haya declaración de admisión del recurso, si bien con posibilidad de un recurso de queja contra la inadmisión.

<sup>35</sup> Véase por ejemplo, Schenke, *Verwaltungsprozessrecht*, 9a. ed. 2004, pp. 4 y ss.

<sup>36</sup> *Cfr. Gesetz zur Bereinigung des Rechtsmittelrechts im Verwaltungsprozess* (BGBl. I, p. 3987).

<sup>37</sup> Un semejante paso requiere de todas maneras una enmienda constitucional al chocar con el artículo 95 párrafo primero de la Ley Fundamental que prescribe la existencia de la propia Corte Federal Social (*Bundessozialgericht*).

<sup>38</sup> Por más detalles: Gross, “Selbstverwaltung der Gerichte als Voraussetzung ihrer Unabhängigkeit?”, *Die Verwaltung*, 2002, suplemento núm. 5, pp. 217 y ss.

los demás intereses públicos y particulares”, por su caso reforzados por las demás garantías constitucionales: tutela “efectiva” quiere decir, desde luego, tutela equilibrada.<sup>39</sup>

### III. JUSTICIA ADMINISTRATIVA *VERSUS* MODERNIZACIÓN, ESPECIALMENTE “PRIVATIZACIÓN” DE LA ADMINISTRACIÓN

Desde las relaciones problemáticas entre el postulado constitucional de la tutela judicial efectiva y el “principio económico” llegamos a otro campo de tensión, no menos problemático, que concierne a la relación entre el acceso a la justicia administrativa y lo que solemos llamar, de manera muy poco especificada, la “privatización” de la propia administración pública y especialmente de lo que antes eran los “servicios públicos”. El tema está estrechamente vinculado al ya aludido fenómeno del debido “adelgazamiento” del Estado así como de la modernización de su aparato administrativo y se refiere a la sucesiva enajenación de las tareas administrativas que hasta hace poco formaban un núcleo duro de sus actividades ejecutivas. Quisiera iluminar sólo algunas preguntas fundamentales de las muchas que se ponen en este contexto.

#### 1. *Pérdida de la tutela judicial por los los tribunales administrativos tras privatización de los “servicios públicos”*

Tras la privación de determinadas tareas de prestación del anterior —y exclusivo— inventario de la administración pública nos encontramos frecuentemente ya —como en el caso de la privatización de los servicios de transporte público, de las telecomunicaciones o del correo— fuera de la competencia de los tribunales administrativos. Se trata entonces y simplemente de actividades económicas privadas,<sup>40</sup> al menos cuando el operador

<sup>39</sup> Véase Schmidt-Assmann, *op. cit.*, nota 12, núm. 4; en el mismo sentido Schoch, *Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im Verwaltungsrecht*, 1988, p. 1013; Huber, en von Mangoldt/Klein/Starck (eds.), *Grundgesetz* (comentario a la Ley Fundamental), artículo 19 Abs. 4 núm. 388.

<sup>40</sup> En este sentido reza por ejemplo el artículo 87f, párrafo 2 de la Ley Fundamental en lo que se refiere a los servicios de correos y de las telecomunicaciones: Aquellos servicios “serán prestados como actividades económicas privadas por las empresas surgidas

del servicio en cuestión no actúa (como frecuentemente es el caso en los ordenamientos jurídicos romanos, especialmente bajo el concepto francés de la *concession du service public*) como un “concesionario” y entonces casi como un propio ente administrativo.<sup>41</sup>

Consecuentemente, las relaciones jurídicas entre el operador del servicio y los usuarios del mismo son igualmente de naturaleza jurídico privada, con lo cual se da —debido a la limitación de la justicia administrativa en los recursos de derecho público— a competencia del juez ordinario. Resulta obvio, sin embargo, que los tribunales civiles regularmente no usan juzgar, por ejemplo, sobre la legitimación o no del cierre de un determinado servicio de autobús o del abandono de unas oficinas de correos o cabinas de teléfono público. Llega aquí la hora de la “regulación” (*Regulierung*), mejor dicho: de la debida “re-regulación” de los servicios públicos privatizados o “desregulados”. El Estado no se puede desembarazar de todas sus responsabilidades en lo que se refiere a la continua, igual y suficiente prestación al menos de algunos servicios “existenciales” (servicios “universales” en el suministro de agua, energía, transportes públicos, telecomunicaciones, etcétera). Sigue quedándose, a pesar de la enajenación de sus anteriores competencias (exclusivas) de la prestación de determinados servicios y como se dice en la doctrina alemana, obligatoriamente con la “responsabilidad de garantía y de control” (*Gewährleistungsverantwortung*; también se habla de su “responsabilidad infraestructural”; *Infrastrukturverantwortung*).<sup>42</sup> Es decir que debe vigilar sobre el abastecimiento adecuado y accesible para todos los ciu-

del (anterior) Patrimonio Especial Correo Federal Alemán (*Deutsche Bundespost* como antiguo ente administrativo de la Federación) y por otras operadores privados”.

<sup>41</sup> El concepto de la “concesión” de un servicio (originalmente) público —como tal— a un privado y bajo la persistencia de la “*maîtrise*” (como se dice en Francia) más o menos absoluta del ente administrativa concedante, sólo se usa muy raramente en el derecho alemán. Véase también mi estudio comparativo entre el concepto francés de *service public* y el concepto alemán de la “*öffentliche Daseinsvorsorge*”, “Service public en France et Daseinsvorsorge en Allemagne - Convergence des objectifs, diversité des moyens”, *Revue Juridique de l'Entreprise Publique*, Cahiers Juridiques de l'Électricité et du Gaz, 2003, pp. 572 y ss.

<sup>42</sup> Todo en este sentido por ejemplo, el artículo 87f párrafo 1 de la Ley Fundamental alemana: “Por lo que respecta al servicio de correo y de las telecomunicaciones, la Federación garantizará (*i.e.* no prestará) en todo el territorio, de acuerdo con lo que disponga una ley federal... servicios adecuados y suficientes”.

dadanos de aquellos servicios “universales”.<sup>43</sup> Todo esto implica también la responsabilidad estatal para crear un sistema “adecuado” de reacción judicial frente a los nuevos operadores de los servicios, y más allá de las pretensiones que normalmente existen en las relaciones contractuales del derecho civil, todo en el sentido de la protección del ciudadano como consumidor, sea en forma de recursos propiamente judiciales o bien en forma de recursos específicos de queja ante los nuevos órganos y agencias de la regulación de los servicios públicos. Al mismo tiempo se tienen que resolver los (cada vez más) conflictos jurídicos entre los nuevos competidores y operadores privados de los servicios públicos, especialmente, cuando se trata de los abusos de las posiciones dominantes en el mercado de los exmonopolistas (y exempresas públicas) o bien de las múltiples dificultades en la realización del debido acceso de terceros (*Third Party Access*) a las redes de telecomunicaciones, de energía y de transporte ferroviario así como a otras infraestructuras esenciales (*essential facilities*, por ejemplo,; aeropuertos o servicios de puertos marítimos o fluviales). Aquí entra en juego, al menos en Alemania, nuevamente el juez ordinario, ahora en la aplicación del derecho de la competencia con sus normas contra el abuso de monopolios o sobre la prohibición de cárteles, si bien estamos observando en este contexto no pocos y duros conflictos de competencia y preguntas abiertas acerca de las restantes tareas —complementarias o exclusivas— de la justicia administrativa.<sup>44</sup> De manera general se puede decir que con el paulatino desarrollo de un propio “derecho administrativo de la regulación” (*Regulierungsverwaltungsrecht*),<sup>45</sup> caracterizado por nuevos trámites de dirección y de control del suministro de los servicios públicos por parte de las nuevas autoridades —públicas— de regulación, podrá aumentar teóricamente y de nuevo el

43 Más detalladamente sobre este concepto de la “responsabilidad de garantía (de los servicios públicos)” del Estado: Pielow, *Grundstrukturen öffentlicher Versorgung (un estudio de de Derecho comparativo sobre los Elementos básicos del abastecimiento de los servicios públicos en la Unión Europea)*, 2001, especialmente pp. 302 y ss.; también: Hermes, *Staatliche Infrastrukturverantwortung*, 1998.

44 Véase en este contexto mi estudio “The regulation of the German energy markets after liberalization: Recent developments”, en Burgi y Pielow (eds.), *Public Utilities in Germany and Italy: An Overview*, 2003, pp. 1 y ss.

45 Cfr. por ejemplo Masing, “Grundstrukturen eines Regulierungsverwaltungsrechts”, *Die Verwaltung*, 2003, vol. 36, pp. 1 y ss. Más generalmente se habla de la necesidad de desarrollar un propio “derecho (administrativo) para las consecuencias de la privatización” (*Privatisierungsfolgenrecht*).

“peso” de la justicia administrativa, si bien existen también síntomas que visan precisamente en la dirección opuesta.<sup>46</sup>

## 2. La “auto-regulación” privada en el Estado “cooperativo”

Estrechamente unida a la liberalización y privatización de los “servicios públicos” va el fenómeno de la “auto-regulación” privada, ya que el suministro de muchos servicios públicos está, en cuanto no se erige un sistema de la regulación “pública”, sujeto a la regulación facultativa entre los nuevos operadores y competidores privados mismos.<sup>47</sup> Bajo la palabra “auto-regulación” (o *self-regulation*) se suelen resumir también otras apariencias que se refieren más a la creciente enajenación de las tareas propiamente *normativas* del Estado y que llevan consigo otros problemas en cuanto al acceso a la justicia administrativa. Se suele hablar, también en este contexto, del Estado “cooperativo” para subrayar que la persecución de los intereses y fines públicos puede —y debe— ser hoy en día y por muchas razones no sólo un asunto del Estado sino que se contempla como un asunto “repartido” entre el Estado y la sociedad.

El fenómeno de la auto-regulación juega un gran papel práctico por ejemplo en los campos de la protección del medio ambiente y del derecho de la técnica: piénsense en las ya existentes y múltiples organizaciones privadas que otorgan certificados sobre la evaluación de los impactos medioambientales de determinadas instalaciones industriales y de urbanización<sup>48</sup> o que dictan normas técnicas sobre la debida calidad de pro-

<sup>46</sup> Así en el actual proyecto de reforma del Ministerio Federal alemán para una nueva ley de régimen energético, que prevé, a pesar de crear una nueva autoridad con nuevos instrumentos puramente administrativos (y de derecho público) de regulación del acceso a las redes de suministro, para la resolución de posibles conflictos judiciales la competencia (exclusiva) de los tribunales *ordinarios*. En cambio y en lo referido a la regulación de los precios de energía a pagar por los hogares privados se mantiene la competencia del contencioso administrativo.

<sup>47</sup> Así, el tema del acceso a las redes de suministro eléctrico y de gas, se ve momentáneamente, o sea: hasta la entrada en vigor de la proyectada nueva Ley sobre el Régimen de Energía en Alemania, “regulada” a través de los llamados “Acuerdos de los Asociaciones” —*Verbändevereinbarungen*, en inglés: *Association Agreements*— entre las asociaciones de la industria energética y de los grandes consumidores (industriales).

<sup>48</sup> Existe, debido a la respectiva legislación europea, un concepto de la participación facultativa de empresas industriales en un sistema común para el manejo del medio ambiente y el control de la conformidad de las empresas con las normas medioambientales

ductos industriales, todo esto en el margen de un auto-control *facultativo* de las correspondientes actividades privadas. Concretamente, se ha discutido en Alemania la vía judicial para la defensa contra directivas de la Cámara Federal de Médicos (una asociación de derecho privado) que regulan el transplante de órganos humanos, con el resultado que sólo se dé la competencia del juez ordinario. El mismo problema se da en el caso de los colegios privados, al menos en cuanto esas instituciones no sean encargadas con verdaderas actividades de poder público.<sup>49</sup>

Otra pregunta abierta en la jurisprudencia contencioso administrativa alemana concierne a la vinculación de los tribunales administrativos —y así en cierta medida también al alcance del acceso a la justicia administrativa— por aquellas regulaciones y directivas privadas, en las cuales se apoyan las autoridades administrativas para la interpretación y concretización de los conceptos jurídicos indeterminados en la legislación medioambiental o técnica: Se trata, por ejemplo, de las normas de una asociación de ingenieros sobre los valores límites para emisiones ruidosas o de sustancias químicas u otros estándares medioambientales que sirven para la determinación del concepto “contaminación dañosa” o “desventaja considerable para el medio ambiente o los vecinos” en la legislación sobre la protección contra emisiones.<sup>50</sup> Otros “reglamentos” privados se han dictado con el fin de concretizar el concepto jurídico indeterminado “según el estado de la ciencia técnica” como lo encontramos, por ejemplo, en la legislación sobre los requisitos para instalaciones de la energía nuclear y, muy actual, de la tecnología bioquímica (genealógica). Para responder a la pregunta, si semejantes auto-vinculaciones de la administración en orientación a normas “privadas” vinculan también al juez administrativo, la Corte Federal del Contencioso Administrativo ha distinguido entre directivas de “interpretación” y directivas de “concretización” de una norma legal indeterminada; sólo en el último caso admitió un margen de propia consideración administrativa, que debería respetarse en el trámite del contencioso administrativo.<sup>51</sup>

(“*Öko-Audit*”), según la Ley (alemana) sobre el “audit ecológico”, *Umwelt-Audit-Gesetz*, del 7 de diciembre de 1995 (BGBl. I, p. 1591).

<sup>49</sup> Véase Schmidt-Assmann, en Maunz-Dürig, *op. cit.*, nota 14, núms. 56a y ss.

<sup>50</sup> Ver el artículo 3o. párrafo primero de la *Bundes-Immissionsschutzgesetz (BImSchG)* del 14 de mayo 1990 (BGBl. I, p. 880).

<sup>51</sup> *Cfr.* Sentencia del *Bundesverwaltungsgericht* del 19 de diciembre de 1985, en BVerwGE vol. 72, p. 300 (320). Otro problema en este contexto constituye, desde el

Bajo el concepto de la auto-regulación caen también los llamados *acuerdos voluntarios* (*voluntary agreements*) entre empresas o las respectivas asociaciones de la industria y el Estado, concretamente, se trata de las auto-obligaciones voluntarias de la industria frente al gobierno sobre la reducción de las emisiones en el contexto de la debida protección de la atmósfera (especialmente: reducción del CO<sub>2</sub> y de otros gases dañosos para el clima bajo el conocido acuerdo internacional de Kyoto)<sup>52</sup> o bien sobre la cooperación de la industria eléctrica en la sucesiva salida del uso de la energía nuclear en el marco del “Compromiso Nuclear” (*Atomkompromiss*) del 14 de junio de 2000.<sup>53</sup> Estos acuerdos se contemplan, en un principio, como meros *gentlemen agreements* o *soft law*. Vinculan entonces más de manera política que propiamente jurídica. No obstante, uno se pregunta, si no existen posibilidades de reacción judicial, cuando el gobierno o el propio legislador quiera cambiar el rumbo de su política medioambiental o energética, provocando así contradicciones con lo establecido en los acuerdos voluntarios (por ejemplo, mediante una mayor y adicional carga de las empresas consumidoras de energía con impuestos “ecológicos” o a través de la denegación de la autorización para la necesaria modificación de una planta nuclear que deberá, según el “compromiso nuclear”, seguir operando). Esta cuestión se resolverá sobre todo según el principio de la debida protección de la confianza legítima,<sup>54</sup> sin que podamos determinar de manera definitiva la competencia

punto de vista de la necesaria legitimación democrática de toda actuación administrativa, la debida composición “pluralista” de los gremios privados que dictan estas normas.

<sup>52</sup> Véase al respecto mi artículo “Political Initiatives concerning the Implementation of the Kyoto protocol in Germany”, en Cameron y Zillmann (eds.), *Kyoto: From Principles to Practice*, Londres, 2001, pp. 73 y ss.

<sup>53</sup> <http://www.bmu.de/atomkraft/fset1024.php>; ver también: C. Carino, *Energy Law in Germany*, 2003, pp. 44 y ss.; los resultados de este compromiso han sido incorporados en la nueva “Ley sobre la terminación ordenada del uso de la energía nuclear para la producción industrial de electricidad” (*Gesetz zur geordneten Beendigung der Kernenergieerzeugung zur gewerblichen Erzeugung von Elektrizität*) del 22 de abril de 2002 (BGBl. I, p. 1351).

<sup>54</sup> Sobre “el principio de la confianza legítima en el procedimiento y las relaciones jurídico-administrativas” en Alemania, véase mi contribución en Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (eds.), *La relación jurídico-administrativa y el procedimiento administrativo*, Caracas, 1998, pp. 91 y ss.; también: Pielow, “Integración del ordenamiento jurídico administrativo: autovinculaciones de la administración”, en Muñoz y Salomoni (eds.), *Problemática de la administración contemporánea*, Buenos Aires 1997,

o del juez administrativo o bien de los tribunales constitucionales en estos asuntos especiales.<sup>55</sup>

Habrá que aludir finalmente a otro aspecto de la “desregulaci3n” estatal, que se da, cuando el propio legislador renuncia, en el marco de la desregulaci3n y del “adelgazamiento” de su aparato administrativo, a someter determinadas actividades privadas a la obligatoria y previa autorizaci3n administrativa. Semejantes fen3menos se observan en materias del derecho de urbanismo —por ejemplo, la liberaci3n de pequeños proyectos de construcci3n del previo control por la autoridad competente— así como en el campo de las actividades comerciales, por ejemplo, cuando se elimina el deber de solicitar una autorizaci3n administrativa para la apertura de pequeños bares o restaurantes. Se arriesga entonces de perder de la vista los legítimos intereses de defensa de los vecinos y de otros terceros frente a las actividades en cuesti3n cuando éstas no cumplen con los demás requisitos legales (por ejemplo,; normas sobre la seguridad de los proyectos de construcci3n o sobre la admisibilidad o no de los productos que se usan).<sup>56</sup> Algunos autores sostienen en este contexto, que el Poder Ejecutivo no se puede limitar —en vista de los intereses legítimos de terceros— en el mero control *ex post*, es decir: haciendo uso únicamente del instrumento de sanci3n por incumplimiento de las normas legales, sino que se deberían abrir nuevas y específicas vías ante la justicia administrativa.<sup>57</sup>

#### IV. EL ACCESO A LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA *VERSUS* MODIFICACI3N DE LAS FORMAS DE LA ACTUACI3N ADMINISTRATIVA

Al fen3meno de la privatizaci3n de anteriores tareas administrativas y de un mayor reparto de las responsabilidades de actuaci3n entre la socie-

pp. 47 y ss.; Schneider, “Seguridad jurídica y protecci3n de la confianza en el derecho constitucional y administrativo alemán”, *Documentaci3n Administrativa*, núms. 263 y 264, 2002, pp. 249 y ss.

<sup>55</sup> Por más detalle sobre las auto-regulaciones privadas y los acuerdos voluntarios en la industria por ejemplo, Koopmann, *Voluntary action of business and industry*, Londres, 2001.

<sup>56</sup> Cuando existe, en cambio, la obligaci3n a la autorizaci3n previa (control de apertura), siempre es posible la demanda de terci ria (Drittwiderrspruchsklage).

<sup>57</sup> Véase por ejemplo, Seidel, “Bauordnungsrechtliche Verfahrensprivatisierung und Rechtsschutz des Nachbarn”, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* (NVwZ), 2004, pp. 139 y ss., con más referencias.

dad y el Estado (“Estado cooperativo”) se une una sucesiva modificación de las formas de actuación de la propia administración pública, cada vez cuando la persecución de las tareas públicas queda en manos de esta última. Concretamente se observa la tendencia de la administración contemporánea de desviarse del instrumentario tradicional del poder ejecutivo (si entendemos como instrumentos “clásicos” de la actuación administrativa especialmente el acto administrativo y los contratos de derecho público). De allí surgen nuevas preguntas específicas en lo referido al acceso a la justicia administrativa.

### 1. *Actuación en formas del derecho privado*

Un primer tema será el acceso a la justicia administrativa cuando la administración pública se presente en formas de organización o de actuación del derecho privado, o, en otras palabras, cuando estemos ante privatizaciones meramente “formales”. El caso típico concierne a la transformación de antiguos entes administrativos en empresas públicas de derecho privado, bien por motivos de una mayor flexibilidad, bien por razones de la cooperación con inversores particulares en el marco de los llamados *public private partnership*.<sup>58</sup> Sin entrar en la polémica acerca de si un ente público puede cambiar libremente su vestido jurídico —de la organización jurídico-pública a formas del derecho civil—<sup>59</sup> está claro, al menos en el derecho alemán, que nos encontramos nuevamente ante la competencia (exclusiva) de los tribunales civiles, en lo que se refiere a las relaciones entre empresa y cliente así como a las relaciones entre los socios en el caso de la cooperación público-privada (al no darse el caso excepcional de un contrato “administrativo” o de derecho público).

No obstante, se pone otra vez el problema de la delimitación entre el derecho administrativo y el derecho de la competencia, así como entre las respectivas vías judiciales. Me refiero a la creciente tendencia especialmente de las empresas comunales alemanes de llevar a cabo —en un

<sup>58</sup> Por ambos motivos se suelen llevar a cabo actualmente las privatizaciones “formales” de las empresas locales alemanes de suministro de servicios de agua, energía o de residuos así como de transporte público.

<sup>59</sup> En el derecho administrativo alemán se admite esta medida en tanto que la respectiva autoridad no hace uso de sus propios poderes públicos, sin poderse liberar de sus específicas obligaciones jurídico-públicas (surgiendo, especialmente, de los derechos fundamentales) teoría del “derecho administrativo privado” (*Verwaltungsprivatrecht*).

entorno liberalizado— meras actividades económicas y comerciales.<sup>60</sup> Se pregunta entonces, si una posible pretensión omisional de un competidor privado se debe juzgar únicamente según el derecho administrativo (o incluso constitucional, en vista de la libertad de la actividad profesional)<sup>61</sup> o bien según el derecho privado de la competencia. Observamos con respecto a este problema interesantes conflictos de competencia en todos los países con separación estricta entre derecho público y privado.<sup>62</sup> En Alemania han sido algunos tribunales civiles los que afirmaban semejantes pretensiones basándose en la cláusula general sobre la prohibición de la competencia desleal.<sup>63</sup> Esto provocó severos reproches en la doctrina *iuspublicista* por no observar los respectivos requisitos específicos del derecho administrativo con sus regulaciones sobre el régimen local y las actividades comerciales de empresas locales, una postura que finalmente fue compartida también por la Corte Federal de Justicia (*Bundesgerichtshof*).<sup>64</sup> Según este tribunal, el derecho de la competencia sólo regula la manera (el ¿cómo?) de la actuación en los mercados y no el ¿sí?, es decir: la admisibilidad de las actividades comerciales de empresas públi-

<sup>60</sup> Como puede ser la actuación de un municipio o de “su” empresa municipal en el campo del turismo o de la consulta de otras empresas en el ámbito energético o bien el desarrollo de actividades de suministro fuera del propio término municipal o incluso en el extranjero.

<sup>61</sup> Según la jurisprudencia permanente de la Corte Federal del Contencioso Administrativo, el respectivo artículo 12 párrafo primero de la Ley Fundamental generalmente no protege contra la competencia por parte de otras empresas y ni siquiera contra la competencia de las empresas públicas (véase por ejemplo, BVerwGE 39, pp. 329, 336 y ss.), una postura que se ve criticada últimamente por una creciente parte de la doctrina, véanse —por muchos otros— Tettinger, “Rechtsschutz gegen kommunale Wirtschaftsteilnahme”, *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW), 1998, pp. 3473 y 3474; Storr, *Der Staat als Unternehmer (El Estado como empresario)*, 2001, pp. 152 y ss.

<sup>62</sup> Véase para la situación en Francia, por ejemplo, Pielow, *Grundstrukturen öffentlicher Versorgung*, cit., nota 43, pp. 226 y ss., 240 y ss.

<sup>63</sup> En el artículo 1o. de la Ley Contra la Competencia Desleal (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*), véase por ejemplo la sentencia del Tribunal Superior (*Oberlandesgericht*) de Düsseldorf, en *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* (NVwZ), 2000, p. 111.

<sup>64</sup> En el contexto de la oferta de servicios eléctricos, por parte de la empresa de suministro de energía de la ciudad de Munich (*MVV*) en la famosa fiesta de cerveza (*Oktoberfest*) de aquella ciudad, véase la sentencia del *Bundesgerichtshof* del 24 de abril de 2002 en: *Deutsches Verwaltungsblatt* (DVBl.), 2002, pp. 1282 y ss. (también: [www.bundesgerichtshof.de](http://www.bundesgerichtshof.de)).

cas, que se tendrá que juzgar conforme a la respectiva normativa jurídico administrativa.<sup>65</sup>

## 2. La actuación “informal” de la administración pública

Debido además y especialmente a la cada vez mayor complejidad de los asuntos públicos (y “pluridimensionales”, *supra* I-1) los entes administrativos se están sirviendo últimamente y más frecuentemente de métodos “informales” de actuación.<sup>66</sup> Tómense como ejemplo el proceso de planificación —en un país tan densamente poblado como es la República Federal Alemana— para la ubicación de una fábrica de incineración de residuos, de una planta eléctrica o bien de un proyecto de infraestructura del transporte público (por ejemplo, un aeropuerto, una autopista o una vía para los trenes de alta velocidad): Estamos en estos supuestos ante procedimientos altamente difíciles y complicados en el curso de los cuales se tiene que considerar una multitud de intereses públicos y privados. Con el fin de llevar a cabo, dentro de un tiempo adecuado y bajo la debida consideración de todos los intereses implicados, semejantes procedimientos, se muestra muy aconsejable buscar cuanto antes posible el *diálogo* con el solicitante de la autorización administrativa así como con los demás titulares de intereses públicos y particulares. De esta manera, los entes públicos suelen intentar de preparar la decisión final, de nuevo en el sentido del Estado “cooperativo”, a través del contacto meramente *informal* con los ciudadanos, a decir: mediante previos procedimientos de la “mediación” (por ejemplo, en forma de “mesas redondas”) o incluso de la negociación y en búsqueda de unos compromisos satisfactorios para todos los intereses involucrados.

<sup>65</sup> Por otro lado, las normas jurídico-públicas sobre las actividades comerciales de las empresas comunales se contemplan tradicionalmente —y a pesar de prever la inadmisibilidad cuando otras empresas (privadas) cumplen de la misma o incluso de mejor manera el servicio en cuestión— como meras normas protectoras en favor del propio municipio, es decir: sin efecto de protección en favor de los competidores privados. Con esta opinión hasta ahora mayoritaria acaba de romper por primera vez un auto del Tribunal Superior del Contencioso Administrativo del *Land* de Northerhenania-Westfalia (*Oberverwaltungsgericht Münster*) del 13 de agosto de 2003, en *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* (NVwZ) 2003, p. 1520.

<sup>66</sup> De manera general sobre este fenómeno: Maurer, *Allg. Verwaltungsrecht*, 14a. ed. 2002, § 15 núm. 14 y ss. con más referencias.

Ante semejantes procedimientos meramente *informales* debe disminuir una vez más la posibilidad de acceder a la justicia administrativa, dado que ya no caben los tradicionales recursos contencioso administrativos, desarrollados para defenderse especialmente contra los actos “formales” del Poder Ejecutivo. Al mismo tiempo se arriesga a perder de vista la legítima defensa de los intereses y derechos de aquellos afectados (vecinos, otras administraciones públicas, competidores por la misma autorización administrativa etcétera) que, por una u otra razón, no han sido incorporados en el proceso previo de negociación o mediación (dado que por la mera “informalidad” de aquellos procesos no se han regulado de manera obligatoria el círculo de los participantes en el trámite ni el procedimiento). Surge incluso el peligro de una conspiración o colusión desleal entre la autoridad administrativa y los solicitantes de determinadas decisiones administrativas (por ejemplo, inversores privados) por no hablar de la mayor posibilidad de cooperaciones meramente “corruptivas”.

### 3. *Maneras de reacción judicial*

Para reaccionar ante las consecuencias que se dan para el acceso a la justicia administrativa en vista de los hechos de la administración “privatizada” así como ante sus formas “informatizadas” de actuación, se abren en un principio dos vías diferentes.

#### A. *“Privatización” de la justicia administrativa*

La primera consiste en una cierta “privatización” del acceso a la justicia si no la privatización de la justicia administrativa misma.

Ya hemos visto que en el curso de la sucesiva enajenación (privatización “material”) de antiguas tareas administrativas así como en la más frecuente actuación de la administración en formas de derecho privado (privatización “formal”) nos encontramos en cada vez mayor medida ante la competencia de los jueces ordinarios o bien de nuevas instancias judiciales como pueden ser los entes reguladores de los servicios públicos.<sup>67</sup> Esta evolución no debe ser demasiado inquietante en tanto que la

<sup>67</sup> Se puede aludir, en este contexto, también a los nuevos órganos que se han creado en Alemania para la regulación y el control judicial de la *contratación pública* (*öffentli-*

protección judicial, no importa ante qué tribunal, sea verdaderamente *efectiva* y en cuanto se observan, también ante los tribunales ordinarios, las peculiaridades y vínculos especiales que suelen surgir del propio derecho público. Hay algunos autores de derecho público que advierten, en este contexto, de un “diletantismo” de los tribunales civiles, cuando se trata por ejemplo de valorar la admisibilidad de las (ya mencionadas) actividades económicas a nivel de las corporaciones locales en vista de las específicas reglas en la legislación sobre la administración local o incluso de los derechos fundamentales.<sup>68</sup> Otros, en cambio, subrayan el lema de la “unidad” del ordenamiento jurídico (público y civil, *Einheit der Rechtsordnung*), con lo cual no ven demasiadas diferencias (cualitativas) entre la decisión de un juez ordinario o de un tribunal administrativo sobre asuntos con relevancia tanto en el derecho civil como en el derecho administrativo. Ante la creciente influencia del derecho civil y de competencia (nacional y internacional) así como de la “auto-regulación” privada en ámbitos reservados del derecho administrativo se puede preguntar incluso y meramente teórico si no nos acercamos poco a poco a un nuevo “amalgamiento” de ambos ordenamientos (y de las respectivas estructuras judiciales), todo en el sentido de la paulatina evolución de un nuevo *ius commune*.

Una “privatización” de la justicia administrativa, en el sentido literal de la palabra, se da finalmente cuando el litigio se resuelve mediante previos procedimientos facultativos entre los partidos, es decir: a través de los procedimientos de arbitraje o de conciliación. Ya hemos mencionado, en el contexto de las nuevas actuaciones “informarles” y “cooperativas” de la administración, las técnica de la “mediación” (*mediation*) un lema

che Auftragsvergabe). Antes, este campo había sido regulado, al contrario de lo ocurrido en los ordenamientos jurídicos romanos, como mero ramo del derecho presupuestario, es decir: en primer lugar con vinculaciones jurídicas dentro de la administración pública y, por ende, sin demasiadas posibilidades de recursos jurídicos por parte de los competidores privados. Ahora y tras la transformación de las respectivas directivas europeas se ha creado un propio derecho de la contratación pública con las correspondientes reglas para la licitación oficial y para recursos judiciales en el caso de su infracción, si bien, y en contra de voces críticas de algún *iuspublicista*, bajo el techo del derecho de la *competencia* (concretamente, en los artículos 97 y ss. de la Ley contra Restricciones de la Competencia —*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*— en su versión del 26 de agosto de 1998, BGBl. I, p. 2512) y en última instancia nuevamente bajo la tutela de los tribunales civiles.

<sup>68</sup> Véase otra vez Tettinger, *op. cit.*, nota 61, NJW 1999, pp. 3473 y ss.

moderno (por no decir mágico) que está teniendo éxito también en las esferas de la propia justicia administrativa. No pocas voces reclaman —nuevamente en vista de la creciente complejidad de los asuntos jurídico administrativos y orientadas en parecidas regulaciones que valen en la justicia ordinaria— la descarga del juez administrativo a través de la introducción de un obligatorio procedimiento previo, en el cual un “mediador” neutro (*Mediator*), sea otro juez o bien un privado, deberá intentar de llevar las partes a un mutuo acuerdo sobre el conflicto.<sup>69</sup> Bajo el aspecto —otra vez económico— de una aceleración de los procedimientos judiciales y también en el interés de la mejor aceptación del resultado hay algo en favor de esta propuesta. Por el otro lado habrá que considerar que el propio principio de la legalidad de la actuación administrativa (al contrario de la autonomía privada que vale en los conflictos jurídico privados) dificulta el uso de semejantes técnicas durante el proceso contencioso administrativo, en tanto que no existe un adecuado margen de libre decisión de la administración (como por ejemplo, en el campo de la planificación) o no se dan las condiciones específicas para una conciliación judicial o extrajudicial.<sup>70</sup>

### B. La tutela judicial a través del procedimiento administrativo

Una segunda tendencia de reacción frente a los cambios actuales de la administración pública concierne a una cierta revivificación de la importancia del propio procedimiento administrativo y con ello una cierta retirada de la justicia administrativa a la resolución de conflictos meramente “formales” más que “materiales”. En la medida en la que las relaciones

<sup>69</sup> Véanse J. von Barga, “Mediation im Verwaltungsprozess – Eine neue Form konsensualer Konfliktlösung vor Gericht”, *Deutsches Verwaltungsblatt* (DVBl.), 2004, pp. 468 y ss.; K.-M. Ortloff, en Festgabe, *Jahre Bundesverwaltungsgericht (libro homenaje por el 50 aniversario del Tribunal supremo administrativo)*, 2003, pp. 727 y ss.; del mismo autor: “Mediation außerhalb und innerhalb des Verwaltungsprozesses”, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* (NVwZ), 2004, pp. 385 y ss.; J. Ziekow, “Mediation in der Verwaltungsgerichtsbarkeit”, *ibidem*, pp. 390 y ss.; R. Pitschas, “Mediation als Methode und Instrument der Konfliktmittelung im öffentlichen Sector”, *ibidem*, pp. 396 y ss.

<sup>70</sup> *Cfr.* W.-R. Schenke, *op. cit.*, nota 35, pp. 5 y ss. También se advierte contra una adaptación precipitada de los mecanismos de la mediación con origen en el derecho americano por su incompatibilidad con las estructuras específicas del derecho administrativo alemán, *cf.* W. Brohm, NVwZ, 1991, pp. 1025-1032.

jurídicas entre los entes administrativos y los administrados se muestran cada vez más complejas y complicadas y que la administración recurre, intentando resolver estos conflictos “pluridimensionales”, cada vez más a procedimientos informales de actuación, adquiere, como ya hemos dicho, una especial importancia la debida protección de *todos* los intereses implicados en el conflicto concreto. Entra en el centro del interés entonces la fórmula novedosa de la tutela judicial (o la protección de los derechos fundamentales) a través del propio procedimiento administrativo (*Rechtsschutz durch Verfahren*).<sup>71</sup> Cuando la resolución “material” de los conflictos jurídicos resulta, por la multitud de los intereses involucrados, cada vez más difícil, debería garantizarse al menos un cierto estándar —“formal”— en el sentido de la debida participación, consideración y ponderación de todos los derechos e intereses afectados en el desarrollo de la decisión final. De allí que observamos, al menos en el derecho administrativo alemán, la creciente importancia de los propios garantías formales en el procedimiento administrativo y especialmente cuando se trata de procedimientos complejos como por ejemplo, los de la planificación o de ordenamiento del territorio. Al mismo tiempo estamos ante un cierto cambio de la perspectiva de la práctica judicial del contencioso administrativo, en la medida que el juez administrativo frecuentemente ya no decide sobre el “fondo” (material) del conflicto en cuestión sino que se limita cada vez más al mero control de los respectivos requisitos procesales (por ejemplo, de los derechos de participación, información y audición).<sup>72</sup> Como buen ejemplo de aquel desarrollo novedoso podemos citar el mecanismo de la “preclusión” (*Präklusion*), de la cual se hace uso con cada vez más frecuencia en la legislación administrativa (responsabilidad de planificación), de manera que se prohíben objeciones materiales en contra de determinados proyectos o planes delante del juez adminis-

<sup>71</sup> La terminología anglosajona habla del *due process*. En la literatura alemana recientemente por ejemplo, Kahl, “Grundrechtsschutz durch Verfahren in Deutschland und in der EU”, *Verwaltungsarchiv* (VerwArch), 2004, pp. 1 y ss.; véase también la sentencia de la Corte Federal del Contencioso Administrativo sobre el derecho a la información en un proceso de la contratación pública que surge directamente de la Constitución, en *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW), 2003, pp. 2696 y ss.

<sup>72</sup> Al lado de los derechos concretos a ser informado por la administración (por ejemplo, en materias de medio ambiente), se discute en Alemania también y por ejemplo la necesidad de establecer un derecho generalizado a la información administrativa, como lo parece establecer el artículo 43 párrafo tercero de la Constitución Argentina.

trativo cada vez cuando esas objeciones no fueron articulados en el curso del previo procedimiento administrativo (o de planificación) y dentro de los plazos previstos por la Ley.<sup>73</sup>

## V. EUROPEIZACIÓN *VERSUS* DIVERSIDAD DE LOS CONCEPTOS NACIONALES DEL ACCESO A LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA

La antes esbozada tendencia hacia una cierta “formalización” de la justicia administrativa y del acceso a la misma que se deben a la creciente importancia del propio procedimiento administrativo se ve fuertemente vivificada especialmente por la influencia del derecho “supranacional” de la Unión Europea.<sup>74</sup> Ahora bien, mientras que la citada retirada de la justicia administrativa a un mero control formal lleva a una cierta limitación del acceso a la misma, las intensas influencias europeas (y allí incluidas las consecuencias de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en Luxemburgo) traen consigo, como es de mostrar enseguida, un considerable aumento de las posibilidades para acceder al contencioso administrativo hasta llevar (al menos en el derecho alemán) a ciertos conflictos con los conceptos tradicionales.

### 1. *El ciudadano de la Unión como custodia sobre la ejecución del derecho comunitario en los Estados miembros*

Para poner de relieve esas nuevas tensiones hay que salir de la manera específica según la cual se ejecuta el derecho de la Unión Europea (UE) a nivel de cada Estado miembro. Consta que las Comunidades Europeas (la CE y la EURATOM) en un principio no disponen de un propio apar-

<sup>73</sup> Véanse por ejemplo, artículo 73 párrafos tercero y cuarto de la Ley (alemana) sobre el Procedimiento Administrativo (*Verwaltungsverfahrensgesetz*), donde se postula la preclusión de objeciones en el procedimiento de la planificación des proyectos infraestructurales (*Planfeststellungsverfahren*).

<sup>74</sup> Con el concepto de la “supranacionalidad” se suelen subrayar las diferencias del derecho comunitario frente a ordenamientos regulares del derecho internacional público, especialmente en lo que se refiere a la *primacía* de todo el derecho europeo (tratados y el derecho derivado) frente a cada tipo de derecho de los países miembros, así como la soberanía (parcial) del legislador comunitario para dictar normas con rango de ley y inmediata aplicabilidad a nivel nacional.

to administrativo a nivel nacional.<sup>75</sup> Por ende, las leyes europeas deben ejecutarse a través de las autoridades administrativas en cada país miembro. Resulta también que esa labor ejecutiva a nivel nacional generalmente no se ve controlada ni inspeccionada por ninguna institución europea de supervisión o de dirección. Consecuentemente, la labor ejecutiva de las administraciones en los Estados de la UE se encuentra principalmente bajo el control de las autoridades superiores así como de la justicia y regularmente, al menos en los ordenamientos continentales, de la justicia administrativa en cada país. Se da entonces una “estructura dual” de la protección judicial.<sup>76</sup> El control de la ejecución del derecho europeo por los tribunales nacionales se dirige en primer lugar según cada ordenamiento nacional del proceso judicial, si bien bajo la obligatoria observación de los requisitos especiales del derecho comunitario y, en última consecuencia, bajo el control de los tribunales europeos en Luxemburgo.

En un principio, este concepto de la ejecución “indirecta” del derecho comunitario se podrá contemplar como poco útil cuando se trate de poner en marcha lo que el Tribunal de Justicia llama el *effet utile*, es decir: la eficacia práctica de las regulaciones europeas. Entra en el centro del interés entonces el propio ciudadano europeo que alcanza hasta un papel de protagonista en lo referido especialmente al control judicial de la ejecución del derecho comunitario en los Estados de la UE. Hoy en día nos encontramos con numerosas regulaciones del legislador europeo —especialmente en el campo de la protección del medio ambiente— que prescriben en gran medida la participación así como la intensa información y audición del ciudadano precisamente en el curso de los procedimientos administrativos que sirven para la ejecución del derecho europeo a nivel nacional y cuya lesión o incumplimiento puede —y debe— ser recurrido ante los tribunales en cada país. Resulta así que el legislador comunitario ha descubierto por su parte la gran relevancia del procedimiento administrativo<sup>77</sup> (*due process – surpa IV-3-B*) para atribuirle al ciudadano de

<sup>75</sup> Por más detalles sobre el concepto de la ejecución del derecho comunitario: M. Burgi, *Verwaltungsprozess und Europarecht*, 1996, pp. 45 y ss.

<sup>76</sup> Cfr., por ejemplo, Kopp/Schenke, *Verwaltungsgerichtsordnung (comentario a la Ley sobre la justicia administrativa)*, 3a. ed. 2003, § 42 núm. 152 con más referencias sobre la respectiva jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

<sup>77</sup> Véase: Wahl, “Das Verhältnis von Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozessrecht in europäischer Sicht”, *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl.)*, 2003, pp. 1285 y ss.

la Unión de alguna manera la tarea del custodia (o árbitro) sobre la ejecución efectiva del derecho comunitario. En otras palabras: El hacer uso del ciudadano europeo como vigilante sobre la efectividad del derecho comunitario debe servir para la compensación de respectivas negligencias por parte de las propias autoridades y tribunales en los Estados miembros.<sup>78</sup>

La “movilización de los ciudadanos para el control descentralizado de la ejecución de la administración”<sup>79</sup> se ve empujado, además y al lado de los incentivos propiamente europeos, por los desarrollos a nivel del derecho internacional público en general: Destaca el proceso del “acuerdo sobre el acceso a informaciones, la participación pública en la toma de decisiones y el acceso a la justicia”, el llamado *Convenio de Aarhus*. Este tratado fue acordado bajo el techo de las Naciones Unidas (más especialmente: de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa, UNECE) y en el marco de la cuarta Conferencia Paneuropea de los Ministros del Medio Ambiente “Medio ambiente para Europa” (bajo participación —un *novum* también de algunas organizaciones no gubernamentales) el día 25 de junio de 1998 en la ciudad danesa de Aarhus y ha entrado en vigor, tras haber sido firmado por 40 Estados (europeos), el día 31 de octubre del 2001.<sup>80</sup> El hecho de que por primera vez el público ha sido investido —a nivel del derecho internacional— con derechos de información, participación y de control judicial, ha sido calificado por el secretario general de las Naciones Unidas, *Kofi Annan*, como “*the most ambitious venture in the area of ‘environmental democracy’ so far undertaken under the auspices of the United Nation*”.<sup>81</sup> La Unión Europea que por su parte firmó el Convenio de Aarhus ha aprobado dos Directivas para su implementación a nivel comunitario, a decir:

<sup>78</sup> Véase —por todos y de manera instructiva— Stern, “Die Einwirkung des europäischen Gemeinschaftsrechts auf die Verwaltungsgerichtsbarkeit”, *uristische chulung* (JuS), 1998, pp. 767 y ss.

<sup>79</sup> Así, Schoch, “Individualrechtsschutz im deutschen Umweltrecht unter dem Einfluss des Gemeinschaftsrechts”, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* (NVwZ), 1999, pp. 457-461 también, Masing, *Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts*, 1997, pp. 37 y ss.

<sup>80</sup> Por más informaciones, véase la página web del Convenio: <http://www.unece.org/env/pp>, así como Stec et al., *The Aarhus Convention - An Implementation Guide*, 2000.

<sup>81</sup> En el prólogo a la obra *ibidem*.

- La Directiva 2003/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 28 de enero de 2003, relativa al acceso del público a la información medioambiental y por la que se deroga la Directiva 90/313/CEE del Consejo,<sup>82</sup> así como,
- La Directiva 2003/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 26 de mayo de 2003, por la que se establecen medidas para la participación del público en la elaboración de determinados planes y programas relacionados con el medio ambiente y por la que se modifican, en lo que se refiere a la participación del público y el acceso a la justicia, las Directivas 85/337/CEE y 96/61/CE del Consejo.<sup>83</sup>

Los países miembros de la UE deben dictar las correspondientes normas de transformación hasta el 14 de febrero de 2005 respectivamente 26 de mayo del 2005.<sup>84</sup> Existe además una propuesta de la Comisión Europea para una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el acceso a la justicia en materia de medio ambiente.<sup>85</sup>

## 2. Conflictos con conceptos tradicionales del acceso a la justicia

No obstante, debemos subrayar en este contexto (y especialmente desde una perspectiva alemana) algunos quebrantamientos importantes del concepto tradicional del acceso a la justicia administrativa. Ya hemos mostrado que según la regla general del artículo 19 párrafo cuarto de la Ley Fundamental Alemana (y la correspondiente legislación procesal) la vía al proceso contencioso administrativo se abre únicamente, cuando el recurrente reclama la vulneración de un derecho *proprio*, es decir: que se apoya en la lesión de una norma constitucional o legislativa que le otorga expresamente o implícitamente un *derecho subjetivo*.<sup>86</sup> Con esto, se pre-

<sup>82</sup> *Diario Oficial* núm. L 41 del 14 de febrero de 2003, pp. 26 y ss.

<sup>83</sup> *Diario Oficial* núm. L 156 del 25 de junio de 2003, pp. 17 y ss.

<sup>84</sup> Por más detalles acerca las necesidades de transformación en la República Alemana: Schink, “Die Aarhus-Konvention und das deutsche Umweltrecht”, *Zeitschrift für Europäisches Umweltrecht* (EurUP), 2003, pp. 27 y ss., así como von Danwitz, “Aarhus-Konvention: Umweltinformation, Öffentlichkeitsbeteiligung, Zugang zu den Gerichten”, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* (NVwZ), 2004, pp. 272 y ss.

<sup>85</sup> COM/2003/624 final del 24 de octubre de 2003.

<sup>86</sup> Semejantes estructuras jurídico-procesales existen por ejemplo en Austria, Dinamarca y Grecia.

tende evitar lo que se llama la “acción popular” (*Popularklage*) —en el sentido de un mero control *objetivo* de la administración—; la acción del *quivis ex populo* que se apoya en un mero interés público o individual (en lugar de un “derecho”), tiene que ser rechazada por ser inadmisibile.<sup>87</sup>

Obvio que aquel concepto del acceso a la justicia administrativa debe chocar con el nuevo enfoque del derecho comunitario que se sirve precisamente del *quivis ex populo* para optimizar el control *objetivo* de la labor ejecutiva en los países miembros y, por ende, no se preocupa demasiado de la lesión o no de concretos derechos subjetivos.<sup>88</sup> Este planteamiento del derecho europeo es más cercano a los conceptos romanos y especialmente al derecho procesal francés: En Francia, la vía a la justicia administrativa ya esta abierta en cuanto se da un *intérêt de agir* frente a una determinada actuación administrativa, que puede ser de mera naturaleza económica o ideal.<sup>89</sup> Ciertamente es que también en el derecho francés se prohíbe en un principio la mera “acción popular”;<sup>90</sup> pero el demandante se entiende tradicionalmente no como un titular de un derecho subjetivo sino y en primer lugar como el portavoz del control objetivo de la legalidad de la administración y de su buen funcionamiento, es decir:

<sup>87</sup> Cfr. por ejemplo, sentencia de la Corte Federal del Contencioso Administrativo, en: BVerwGE vol. 60, pp. 125 y ss.; Ehlers, *Verwaltungsarchiv* (VerwArch), 1993, pp. 139 y ss.

<sup>88</sup> También para las acciones de personas físicas o jurídicas contra decisiones de los propios órganos europeos (especialmente de la Comisión) se requiere sólo que estas decisiones le afectan al demandante “directa e individualmente” (cfr. artículo 230 párrafo cuarto del Tratado de la CE). Basta entonces la existencia de un “interés relevante”, cfr. por ejemplo, Burgi, en Rengeling *et al.*, (eds.), *Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union*, 2003, § 7 núm. 57. Para una comparación de los conceptos de la legitimación activa en el recurso al contencioso administrativo según el derecho alemán, europeo y norteamericano: Ehlers, *Verwaltungsarchiv* (VerwArch) 1993, pp. 139 y ss.

<sup>89</sup> Véanse Chapus, *Droit administratif général*, vol. 1, 9a. ed. 1995, pp. 690 y ss.; En la literatura alemana especialmente J. Schwarze, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* (NVwZ) 1996, pp. 22 y ss.; también: Woehrling, *NVwZ*, 1998, pp. 462 y ss. Sobre últimas tendencias reformadoras (en consecuencia de las influencias europeas y especialmente en lo referido a la protección —subjetiva— de los derechos fundamentales y de las medidas cautelares), Ortiz Alvarez, “El contencioso administrativo francés y su incansante renovación”, *Estudios en homenaje al profesor Brewer-Carias*, cit., nota 7, pp. 2405 y ss.

<sup>90</sup> Excepción por ejemplo: La acción de los vecinos y pagadores de impuestos de un municipio contra decisiones con efecto presupuestario de la corporación local, cfr. Grop, *Die Verwaltung*, 2000, p. 426; véanse también el artículo 52 párrafo tercero de la Constitución portuguesa.

como *denonciateur de l'abus de pouvoir*.<sup>91</sup> Según un sistema muy parecido se regía —a pesar de la reclamación “hacia una nueva justicia administrativa” por E. García de Enterría ya en el año 1989— el acceso a la justicia administrativa en España,<sup>92</sup> hasta que la nueva Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa<sup>93</sup> inició una considerable —si bien complementaria— “sujetivización” del acceso a la justicia administrativa.<sup>94</sup> Semejantes procesos de reorientación se pueden observar en Portugal<sup>95</sup> así como —al menos en alguna parte de la doctrina— incluso en Francia.<sup>96</sup>

<sup>91</sup> Este concepto aún era válido (bajo la influencia de R. Gneist y O. Mayer así como el concepto de la justicia administrativa como un ramo integral de la administración pública con el deber de garantizar la legalidad de la actuación administrativa) hasta finales del siglo XIX en el norte de Alemania (Prusia), hasta que empezó a convencer el concepto de los países del sur de Alemania según el cual la justicia administrativa se entiende como parte del tercer poder, con el deber principal de protección de los derechos (sujetivos).

<sup>92</sup> Por más detalles sobre la situación según la LJCA de 1956: J. Martínez Soria, *Die Garantie des Rechtsschutzes gegen die öffentliche Gewalt in Spanien*, 1997, pp. 137 y ss. Con más referencias también en la relación entre la legitimidad activa según la LJCA y el artículo 24 párrafo primero de la Constitución Española (“Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus *derechos* e intereses legítimos...”).

<sup>93</sup> *B.O.E.* núm. 311 del 14 de junio de 1998.

<sup>94</sup> Véase sólo Parejo-Alfonso, *Derecho administrativo*, Madrid, 2003, p. 1172; en cierto modo, el derecho español sigue el ejemplo del derecho procesal en Italia que distingue tradicionalmente (y bajo la impresión del artículo 24 de la Constitución de 1947) entre los meros intereses legítimos y los derechos (sujetivos), si bien la resolución de los recursos en defensa de estos últimos compete a los tribunales ordinarios, véase: Clarich, “La giustizia”, en S. Cassese (ed.), *Trattato di diritto amministrativo: Diritto amministrativo generale*, Milano, 2000, vol. 2, p. 1709, 1761 y ss. Más generalmente sobre los conceptos del derecho subjetivo y del interés legítimo en las relaciones jurídico-administrativas: S. Cassese, *Las bases del derecho administrativo*, Madrid, 1994, pp. 365 y ss.

<sup>95</sup> Tras el nuevo “Código de Processo nos Tribunais Administrativos” según la Ley 15/2000 de 22 de febrero de 2002; *cf.* artículo 2o. párrafo primero de este Código: “A todo o direito o interesse legalmente protegido”.

<sup>96</sup> Tras la sentencia del *Conseil constitutionnel* del 16 de julio de 1971 acerca del derecho (sujetivo) a la tutela judicial efectiva según el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (*cf.* por ejemplo, C.c. núm. 2000-437 DC del 19 de diciembre de 2000, *Loi de financement de la sécurité sociale pour l'année 2001*), véase Fromont, “La convergence des systèmes de justice administrative en Europe”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2000, pp. 125, 141 y ss.

Ahora bien: El novedoso enfoque del derecho comunitario —desde una perspectiva alemana— no plantea demasiados problemas en tanto que el propio derecho europeo (de inmediata aplicación en los Estados miembros)<sup>97</sup> o la legislación de transformación a nivel nacional postulan originarios derechos subjetivos, como pueden ser las normas que otorgan el derecho a recibir informaciones de las autoridades administrativas (por ejemplo sobre asuntos del medio ambiente).<sup>98</sup> Si y en que medida se dejan deducir verdaderos derechos subjetivos especialmente de las normas legislativas es cuestión de la interpretación de la norma conforme a la “teoría de la norma protectora” (*Schutznormtheorie*): Se trata de una norma protectora (de derechos subjetivos) en cuanto la norma no sirve sólo para la persecución de intereses públicos sino que visa (también o exclusivamente) a la protección de intereses individuales (de determinadas personas o grupos de personas) y reconocidos jurídicamente; la mera afectación de intereses políticos, económicos, culturales o religiosos no es suficiente por tratarse entonces de meros “reflejos” subjetivos de la norma.<sup>99</sup>

Basándose en esta delimitación entre normas protectoras y meras normas “objetivas”, resulta difícil la afirmación de un derecho subjetivo y, por ende, de la legitimación para acudir a la justicia administrativa cuando el derecho europeo, por ejemplo una directiva que excepcionalmente es de inmediata aplicabilidad en los países miembros,<sup>100</sup> sólo prevé la protección de interés públicos, como puede ser la protección del medio ambiente, de los animales o de la naturaleza. Sin embargo, el Tribunal de Justicia reclama también en estos casos, apoyándose en los conceptos comunitarios de la efectividad de la tutela judicial así como de la uniformidad de la aplicación del derecho europeo y de su eficacia (*effet utile*) en

<sup>97</sup> Como en el caso de los derechos contenidos en los propios tratados europeos (especialmente por ejemplo, las libertades de la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales según el Tratado sobre la CE), de los reglamentos y de las directivas con excepcionalmente inmediata aplicación a nivel nacional.

<sup>98</sup> En este sentido: la Ley Alemana sobre la Información en Materias del Medio Ambiente (*Umweltinformationsgesetz*) del 8 de julio de 1994 (ahora en la versión del 23 de agosto de 2001), que por su parte se debe a una respectiva directiva europea del año 1990.

<sup>99</sup> Véase sólo Schenke, *Verwaltungsprozessrecht*, cit., nota 35, núms. 497 y ss.

<sup>100</sup> Normalmente, las directivas deben ser transformados mediante un acto legislativo a nivel nacional. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, postula su aplicabilidad inmediata (o directa), cuando el plazo para su transformación ha expirado y se dejan deducir consecuencias jurídicas determinadas.

cada país, que los ciudadanos puedan acudir a la justicia administrativa para criticar la falta de obediencia por parte de las autoridades nacionales.<sup>101</sup> El derecho procesal a nivel nacional no debe postular unos requisitos más severos que a nivel europeo, de manera que por ejemplo, el amante de la naturaleza puede acudir a la vía del contencioso administrativo sosteniéndose en cualquier norma europea (con índole objetiva) sin tener que apoyarse en la lesión de un concreto derecho subjetivo.

La cuestión como se deja digerir dogmáticamente este enfoque del derecho europeo —“acción del interesado” en vez de la “acción del lesionado” (en derechos subjetivos)— en el sistema alemán del acceso a la justicia administrativa está aún abierta. Existen varias propuestas en la doctrina entre las cuales se pueden distinguir resoluciones extremas, que votan en favor de una reforma sustancial del derecho procesal alemán en el sentido de una “objetivización” del acceso a la justicia, y propuestas “moderadas” que se expresan más bien —según nuestra opinión con mejores razones—<sup>102</sup> en favor de una interpretación extensiva de las ya existentes normas sobre la legitimación para interponer el recurso.<sup>103</sup> Sea como fuere: el voto del derecho comunitario por el concepto de la “acción del (mero) interesado” demuestra una vez más las fuertes influencias y necesidades de adaptación que pueden originar los crecientes ordenamientos inter o supranacionales en los sistemas judiciales de los respectivos países miembros.

### 3. *Otros campos de influencia del derecho comunitario europeo*

El antes esbozado enfoque de la legitimación inicial (*Initiativberechtigung*) del ciudadano europeo para asegurar el control judicial “descentralizado” de la ejecución del derecho comunitario por las autoridades

<sup>101</sup> Véanse por ejemplo, al lado de la sentencia fundamental en el asunto *Gend & Loos*, en *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia* (RJTJ), 1963, p. 974, entre las sentencias que se refieren a normas comunitarias de medio ambiente, en: RJTJ 1991, pp. I-4983 (5023) – *Comisión/Alemania*; 1991, pp. I-2607 (2631) – *Comisión/Alemania*, así como 1991, pp. I-2567 (2601) – *Comisión/Alemania*. - Todas las sentencias se pueden consultar en la página web del Tribunal de Justicia: [www.euro-pa.eu.int/cj](http://www.euro-pa.eu.int/cj).

<sup>102</sup> *Cfr.* Pielow, *op. cit.*, nota 25, en *Die Verwaltung* vol. 32, 1999, pp. 445, 478.

<sup>103</sup> Véase sobre las distintas posiciones por ejemplo, Ehlers, *Verwaltungsarchiv* (VerwArch), vol. 84, 1993, pp. 139, 170 y ss.

nacionales se ve flanqueado por otros campos de influencia que se han abierto en consecuencia sobre todo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y que por su parte traen consigo nuevas posibilidades para acudir a la vía del contencioso administrativo en los Estados de la UE. Podemos mencionar, con toda brevedad, las siguientes evoluciones.

### A. *La acción colectiva*

En primer lugar hay que mencionar el instrumento de la “acción colectiva” (*Verbandsklage*) que igualmente puede servir para el control (objetivo) de la ejecución del derecho comunitario en los Estados de la Unión. Habrá que distinguir entre la acción para reclamar los derechos (sujetivos) de un grupo o una asociación de personas —la acción colectiva “egoista”— y la acción “altruista” que consiste en primer lugar en reclamar la persecución de intereses públicos o generales.<sup>104</sup> En ambos casos se trata otra vez de recursos judiciales que en un principio no son compatibles con el requisito de un derecho subjetivo en la regulación alemana de la legitimación activa para acceder a la justicia administrativa.

Las discusiones y reclamaciones jurídico-políticas entorno a la efectividad sobre todo del derecho europeo del medio ambiente, sin embargo, han llevado también en este contexto a una cierta relativización, de manera que desde hace poco la Ley Federal sobre la Protección de la Naturaleza reconoce la posibilidad para ciertas asociaciones medioambientales de recurrir ante el contencioso administrativo contra medidas administrativas (por ejemplo, de planificación) que no cumplen con los requisitos de esta Ley u otras obligaciones legales acerca del medio ambiente, sin que tengan que apoyarse en un concreto derecho subjetivo.<sup>105</sup> Antes existían sólo la acción colectiva según la legislación de algún Estado federal y únicamente contra decisiones de las autoridades del respectivo *Land* (no contra la administración federal) así como, según la Ley Federal, la posibilidad de recurrir contra lesiones de propios y meros derechos de procedimiento (a la participación o información)

<sup>104</sup> Véase por ejemplo, y en el segundo sentido, lo establecido en el artículo 43 párrafo segundo de la Constitución Argentina de 1994.

<sup>105</sup> *Cfr.* artículo 61 de la *Gesetz über Naturschutz und Landschaftspflege (Bundesnaturschutzgesetz)* del 25 de marzo 2002 (BGBl. I, pp. 1193 y ss.). Las asociaciones tienen que ser registrados según los artículos 58-60 de esta Ley.

de las asociaciones del medio ambiente.<sup>106</sup> La nueva acción colectiva alcanzó gran relevancia práctica en el contexto con la planeada ampliación de una pista de aterrizaje para la empresa *EADS Airbus GmbH* en Hamburgo que se necesita para la construcción del nuevo avión *Airbus A 380* y que se pretende construir en una bahía del río Elbe (*Mühlenberger Loch*), declarada como área de protección según una directiva europea sobre la protección de aves salvajes.<sup>107</sup>

En el marco del ya mencionado “Convenio de Aarhus” (*supra* 1) los Estados se han visto obligados aún a reforzar el hacer uso de la acción colectiva, si bien las respectivas regulaciones de aquel acuerdo internacional conceden al legislador nacional algún margen para la libre apreciación.<sup>108</sup>

### B. Medidas cautelares

La clara tendencia hacia una mayor apertura de la justicia administrativa para el ciudadano de la Unión Europea se ve vivificada finalmente por los influjos de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la debida protección judicial a través de las medidas cautelares.<sup>109</sup>

<sup>106</sup> Sobre la obligación jurídica de los Estados de la UE a introducir una verdadera acción colectiva en materias de la protección de la naturaleza véase por ejemplo, Epiney, “Gemeinschaftsrecht und Verbandsklage”, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* (NVwZ), 1999, pp. 485 y ss., Callies, “Europäische Vorgaben für die umweltrechtliche Verbandsklage”, *Zeitschrift für Europäisches Umwelt- und Planungsrecht* (EurUP), 2003, pp. 7 y ss.; de otra opinión (bastan meros derechos de procedimiento): Pietzner y Ronellenfisch, *Assessorexamen im Öffentlichen Recht*, 10a. ed. 2000, § 14 núm. 30.

<sup>107</sup> La acción colectiva interpuesta por una asociación para la protección de esta bahía fue desestimada incluso por la Corte Constitucional Federal por no tratarse de una asociación registrada según la Ley sobre la protección de la naturaleza (NVwZ, 2001, p. 1148). De manera crítica frente a esta jurisdicción y desde la perspectiva del derecho europeo: Callies, *EurUP*, 2003, pp. 7 y ss. El proceso de planificación sigue quedándose sin resolución judicial definitiva, lo que aclara nuevamente el campo de tensión entre la protección judicial y los intereses económicos en conexión con proyectos infraestructurales.

<sup>108</sup> Véase von Danwitz, *op. cit.*, NJW, 2003, pp. 272, 280 y ss.

<sup>109</sup> Véanse en la doctrina alemana por ejemplo, los artículos de Hauser y Hirsch, en: *Verwaltungsblätter Baden-Württemberg* (VBIBW), 2000, pp. 377 y ss., resp. 71 y ss.; Stern, *Juristische Schulung* (JuS), 1998, pp. 769, 775 y ss.

a) Cuando una regulación o decisión administrativa a nivel de los Estados de la UE lesiona normas concretas del derecho comunitario (por ejemplo, las reglas sobre la libre circulación de mercancías, personas, servicios o capital), no se contempla nula sino que se prohíbe —conforme a la primacía del derecho de la UE— su ejecución. Consecuentemente, se tiene que garantizar —de nuevo bajo el aspecto de la efectividad de la tutela judicial— el acceso a la justicia no sólo cuando ya se han realizado concretas medidas ejecutivas sino también inmediatamente antes de la puesta en marcha de semejantes medidas. Esto implica, según la jurisdicción permanente del Tribunal de Justicia, la *facilitación de una protección judicial previa*, también cuando el derecho procesal a nivel nacional, como ha sido el caso especialmente en el Reino Unido, no conoce semejantes estructuras. Han sido fundamentales en este contexto las decisiones de la Corte en Luxemburgo acerca de la inscripción provisional de empresas españolas de pesca en el respectivo registro inglés de actividades pesqueras para posibilitarles —previamente— la pesca en aguas marítimas inglesas.<sup>110</sup>

b) La efectividad de la tutela judicial frente a lesiones del derecho comunitario puede requerir además el hacer uso de los distintos mecanismos de la *ejecución inmediata* de un acto administrativo cada vez que el recurso de impugnación o el recurso previo al contencioso administrativo contra un acto administrativo traigan consigo el efecto suspensivo<sup>111</sup> y así la persistencia de una situación no compatible con el derecho europeo. El Tribunal de Justicia pide entonces y para superar el efecto suspensivo el ordenamiento expreso de la ejecución inmediata por parte de las autoridades nacionales.<sup>112</sup> El específico interés público en la ejecu-

<sup>110</sup> *V.gr.* Sentencia del Tribunal de Justicia, *RJTJ*, 1990, pp. I-2433 y ss. – *Factortame I*; véase también Jannasch, *NVwZ*, 1999, pp. 496.

<sup>111</sup> Regla general —y singular— en el derecho procesal alemán (*cf.* artículo 80 párrafo primero de la Ley sobre Justicia Administrativa), mientras que la mayoría de los demás ordenamientos nacionales se rige según la regla francés de la *présomption de légalité des décisions administratives*, que no admite la suspensión automática de la ejecución de un acto administrativo, *cf.* Chapus, *Droit administratif général*, 10a. ed. 1996, p. 1071. En España, E. García de Enterría ha reclamado con todo énfasis la introducción del efecto suspensivo generalizado, véase también Betancor Rodríguez, *El acto ejecutivo*, Madrid, 1992, pp. 432 y ss.

<sup>112</sup> *Cfr.* sentencia del Tribunal de Justicia, en: *RJTJ* 1990, pp. I-2879 (2905)– “*Tafelweindestillation*”.

ción inmediata que se requiere, según la regulaciones nacionales del derecho procesal, para esta medida resulta entonces (y en el curso de la debida interpretación conforme al derecho comunitario) de la necesidad de evitar la persistencia de situaciones jurídicas que no cumplen con las normas europeas. Por la misma razón tampoco se da ninguna lesión de la garantía nacional de la protección judicial (como por ejemplo, en el artículo 19 párrafo cuarto de la Ley Fundamental Alemana).<sup>113</sup>

c) Finalmente y por encima de lo dicho, los tribunales administrativos pueden ordenar —en el caso de un acto administrativo que excepcionalmente (por ejemplo, cuando lo prevé una ley) puede ser ejecutado inmediatamente— el *restablecimiento del efecto suspensivo*<sup>114</sup> si suponen que la ilegalidad del acto administrativo que sirve para la ejecución de una determinada norma europea resulta de la incompatibilidad de esta norma con otras reglas del derecho comunitario. De esta manera el Tribunal de Justicia admite una cierta competencia precipitada de los tribunales nacionales para declarar —al menos provisionalmente— la nulidad de una norma habilitadora del derecho comunitario, si bien bajo debida observación de algunas restricciones. Así, el tribunal administrativo debe, si quiere restablecer el efecto suspensivo del recurso, dudar de manera considerable de la compatibilidad de la norma habilitadora con el derecho comunitario; el tribunal tiene que plantear la cuestión acerca de la legalidad de la norma para su resolución definitiva al Tribunal de Justicia,<sup>115</sup> el demandante tiene que correr —en el caso del no restablecimiento del efecto suspensivo— el riesgo de sufrir un daño grave e irreparable (*periculum in mora*), y finalmente el tribunal nacional tiene que considerar debidamente el interés comunitario en la uniformidad de la práctica ejecutiva en todos los Estados de la Unión.<sup>116</sup> Resulta que con esta jurisprudencia se limita en cierto modo y en el interés de la tutela judicial efectiva del ciudadano de la Unión el propio monopolio de decisión del Tribunal de Justicia en lo referido a la legalidad o no de las normas del derecho europeo derivado.<sup>117</sup>

<sup>113</sup> Cfr. Stern, *op. cit.*, JuS 1998, pp. 769 y 775.

<sup>114</sup> En Alemania, según el artículo 80 párrafo quinto de la Ley sobre Justicia Administrativa.

<sup>115</sup> Según el procedimiento previsto en el artículo 234 del Tratado de la CE.

<sup>116</sup> Cfr. sentencia del Tribunal de Justicia, en: RJTJ 1991, pp. 415 y ss.—“*Zuckerfabrik Süderithmarschen*”.

<sup>117</sup> Cfr. Stern, *op. cit.*, JuS, 1998, pp. 769 y 775.

d) Las mismas condiciones valen cuando se trata de ordenar *medidas positivas y precautorias de la administración* con el fin de la regulación provisional de las relaciones jurídicas con relevancia en el derecho europeo. En este sentido reza la jurisdicción del Tribunal de Justicia que se apoya sobre todo en el modelo del artículo 243 del Tratado de la CE, conforme al cual el tribunal europeo “podrá ordenar (todas) las medidas provisionales necesarias en los asuntos de que esté conociendo”.<sup>118</sup>

Al fin y al cabo, los mencionados y rígidos postulados por el Tribunal de Justicia han llevado a una considerable ampliación del acceso a la justicia administrativa, especialmente en aquellos Estados en cuyos ordenamientos procesales las medidas cautelares no habían sido desarrolladas con demasiado énfasis.<sup>119</sup>

Es más, el no cumplir de las aquí esbozadas obligaciones que surgen del derecho comunitario para el control judicial de la labor ejecutiva de las administraciones en los países de la UE puede llevar consigo hasta la responsabilidad (financiera) de los Estados así como su condenación por no cumplir el Tratado de la CE a iniciativa de la Comisión Europea (según el artículo 226 TCE).<sup>120</sup>

## VI. CONCLUSIÓN

Resumiendo los múltiples cambios en la práctica diaria de la administración pública así como del derecho administrativo (a nivel nacional e internacional), se pueden deducir dos tendencias a primera vista opuestas en lo referido al acceso a la justicia administrativa. Por un lado nos encontramos ante un considerable cambio de las tareas y funciones, sino ante una verdadera pérdida de influencia o bien erosión del contencioso

<sup>118</sup> Cfr. sentencia del Tribunal de Justicia, en: RJTJ 1995, pp. 3781 y ss. — “Atlanta”.

<sup>119</sup> Para una visión de derecho comparado en este contexto: Gross, *op. cit.*, nota 7, *Die Verwaltung*, 2000, pp. 415, 430 y ss.; Sommermann, “Konvergenzen im Verwaltungsverfahren- und Verwaltungsprozessrecht europäischer Staaten”, *Die öffentliche Verwaltung* (DÖV), 2002, pp. 133, 143 y ss., subrayando especialmente las respectivas reformas en Francia, España y Portugal. Véanse sobre las reformas en Francia: Ortiz-Álvarez, *op. cit.*, nota 89, pp. 2404, 2418 y ss., así como las contribuciones al número 5 de la *Revue française de droit administratif*, 2000, pp. 921 y ss.

<sup>120</sup> Véase —en cuanto a la responsabilidad de los Estados por actos judiciales— la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto C-129/00 - *Köbler* del 30 de septiembre de 2003, en: *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (EuZW), 2003, pp. 718 y ss.

administrativo que resulta especialmente de los procesos de privatización, liberalización, economización e informalización de las tareas y actuaciones administrativas a nivel nacional.<sup>121</sup> Por otro lado aumentan las influencias procedentes de los ordenamientos inter y supranacionales que visan —al menos en el derecho procesal alemán— más bien en la dirección inversa, es decir: a una ampliación del acceso a la justicia administrativa mediante la instrumentalización del ciudadano para el control objetivo de la ejecución de las normas internacionales. Ambos movimientos están vinculados por un dato significativo que tienen en común y que consiste en el creciente *plusvalor* del propio procedimiento administrativo en lugar del examen material o a fondo en el proceso del contencioso administrativo (debido sobre todo al acelerado aumento de los meros derechos de información, participación y audición).

La creciente apertura así como una cierta restricción de la vía al contencioso administrativo en consecuencia de estos “derechos” meramente “formales” que pueden considerarse a la vez como síntomas de una cierta resignación del derecho administrativo y de su justicia frente a los complicadísimas relaciones jurídico-administrativas en nuestras sociedades pluralistas, debe llevar consigo a la vez y sin duda ninguna a una disminución de la propia *densidad del control* (material) por los tribunales administrativos (al lado de un significativo resfuerzo del propio Poder Ejecutivo) según la regla: cuanto más se admite y se “formaliza” el acceso a la justicia administrativa, tanto más tiene que sufrir necesariamente la intensidad del control judicial —sobre todo en lo referido a la protección de verdaderos “derechos” (sujetivos) del ciudadano—.<sup>122</sup>

Con esto se puede preguntar finalmente si la tendencia hacia una mayor “formalización” de la tutela judicial-administrativa, en el marco de los procesos actuales hacia la *Good Governance* que proponen, como por ejemplo, el “derecho a una buena administración” en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea,<sup>123</sup> en

<sup>121</sup> De manera muy instructiva también Schmidt-Assmann, “Aufgaben- und Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit”, *Verwaltungsblätter Baden-Württemberg* (VBIBW), 2000, pp. 47 y ss.; además: Schenke, *op. cit.*, nota 35, p. 4.

<sup>122</sup> Véase también Martínez Soria, *op. cit.*, nota 92, p. 175; von Danitz, *op. cit.*, nota 84, *NVwZ*, 2003, pp. 272, 281 y ss.

<sup>123</sup> Previsto como artículo II-41 en el proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa del 18 de julio de 2003.

primer lugar el otorgamiento de derechos de audición y participación así como de un derecho generalizado a la información,<sup>124</sup> no corre el riesgo de una cierta desnaturalización de la protección jurídica y judicial que puede menoscabar a lo largo la propia justicia material (si pretendemos saber que es “justicia material”, pero esto ya es otro tema).

<sup>124</sup> Véase también el artículo 42 de la mencionada Carta (artículo II-42 del proyecto del Tratado de Constitución).