

## JUSTICIA ADMINISTRATIVA Y CONSTITUCION

Por ALDO M. SANDULLI

1. Entre los aspectos que la nueva Constitución española tiene en común con la Constitución italiana, destaca la atención dedicada al tema de la legalidad de la actuación administrativa y de los medios jurisdiccionales instituidos para garantía de la misma.

Sin embargo, el documento español aparece, globalmente, más minucioso y evolucionado en su compromiso de asegurar tutela constitucional a las garantías en discusión.

2. Lo dicho se aplica especialmente a la disciplina de las modalidades de la actuación administrativa.

La Constitución italiana se mantiene en este respecto (igual que la generalidad de las constituciones contemporáneas) a nivel bastante genérico. Cuando se ocupa de la administración pública, el artículo 97 se limita a afirmar que la ley debe preocuparse que la organización de aquélla sea tal que «asegure el buen funcionamiento y la imparcialidad de la actuación administrativa». Sin embargo, nada se lee en la Constitución a propósito del «justo procedimiento» administrativo y de las garantías que en el ámbito de éste se ofrecen a los particulares. Esto no ha favorecido la evolución del procedimiento administrativo hacia formas más abiertas y avanzadas. El retraso que en este aspecto se nota en la legislación italiana en comparación con otros ordenamientos, parece aún más sorprendente, ya que por lo menos el principio de la audición previa de los interesados —aunque descuidado en la legislación, en la práctica y en la jurisprudencia sucesivas— había quedado ya afirmado a nivel genérico en la primera ley relativa a la justicia administrativa del Estado italiano unificado (Ley de 20 de marzo de 1865, núm. 2.248, Ane. E, art. 3.º).

España, por el contrario, tiene tras de sí una apreciable tradición relativa a los procedimientos de formación de los actos administrativos. Con dicha tradición enlaza la nueva Constitución cuando prescribe que en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas (es decir, de los actos que contienen prescripciones cuyo sucesivo cumplimiento es generalmente necesario y que poseen normalmente carácter general) deben ser escuchados los ciudadanos «directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley» (art. 105, *a*); no se trata de una intervención «participativa», pero de todas formas es evidente la importancia garante de la prescripción, aun cuando requiera todavía normas reguladoras. Aún más importante es la prescripción constitucional que asegura a los interesados el derecho de ser escuchados en todas aquellas ocasiones en que se produzcan actos administrativos que toquen su esfera jurídica (art. 105, *c*). Finalmente, se eleva también a norma constitucional el ofrecimiento a todos los ciudadanos (independientemente de sus posibles intereses directos) de la posibilidad de acceder a los archivos y a los registros administrativos (art. 105, *b*), acceso que en el ordenamiento italiano tiene carácter excepcional. En la Constitución española la norma se introduce armónicamente en un cuadro más amplio en el que encuentran su lugar normas que configuran como instituciones constitucionalmente importantes el Defensor del Pueblo (arts. 54 y 161, *b*) y, cuando sea prevista por la ley, la acción popular (art. 125). Dos instituciones de las que la primera, aunque prevista en algunos estatutos regionales, es absolutamente desconocida a nivel nacional en la legislación italiana (si bien la idea de introducir un Defensor Cívico nacional sea patrocinada por algunos sectores políticos), mientras que las acciones populares admitidas por la vigente legislación son bastante raras y difíciles de poner en práctica.

Otra disposición de la Constitución española que llama la atención de los juristas italianos es la enunciada en el artículo 106, 2. Dicha disposición enlaza con cuarenta años de evolución legislativa y reconoce, exceptuando los casos de fuerza mayor, el derecho a la indemnización (la Constitución no habla de resarcimiento total, pero aun así parece tratarse de una compensación íntegra) cada vez que un particular sufra de una u otra manera (y, por tanto, aun cuando no exista culpabilidad alguna por parte de la Administración) un daño, «consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos», en bienes o derechos salvaguardados por la ley. Se trata de una compensación que, enlazando con el principio equitativo *cujus commoda eius incommoda*, complementa muy civilmente, y va más allá, el común resarcimiento previsto por el Derecho civil en los casos de violación culpable de derechos. Estos son los únicos casos en los que el artículo 28 de la

Constitución italiana, que es más avaro, prevé (basándose en el principio de responsabilidad) una compensación, que consiste en el resarcimiento del daño.

3. Mientras que la disciplina de la actuación de la Administración pública tiene en la Constitución italiana una reglamentación menos exhaustiva y satisfactoria, puede decirse que, aparentemente por lo menos, existe una mayor correspondencia entre la Constitución italiana y la española a propósito de las garantías jurisdiccionales frente a la Administración misma.

La disposición de la Constitución española según la cual «todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión» (art. 24, 1), corresponde casi exactamente a las disposiciones de la Constitución italiana que afirman que «todas las personas pueden litigar en tutela de sus propios derechos e intereses legítimos» (art. 24, 1) y la defensa queda reconocida como «derecho inviolable» (art. 24, 2), garantizando, pues, a las personas con recursos insuficientes una asistencia legal a expensas de la comunidad (art. 24, 3). La falta en el texto español de disposiciones como las contenidas en el artículo 113, 1 y 2 de la Constitución italiana no puede ser considerada expresión de menor tutela jurisdiccional de los derechos y los intereses legítimos frente a la Administración pública. Se trata, efectivamente, de disposiciones sustancialmente repetitivas, a propósito de los actos de la Administración pública, de aquellas ya plasmadas, de manera general, en el artículo 24, 1, y la repetición obedece a una razón histórica. Afirmando que los «actos de la Administración pública» están sujetos a los tribunales sin excepción alguna, en función de la tutela de los derechos y de los intereses legítimos de todas las personas, y que tal sujeción a los tribunales no puede quedar «limitada a particulares medios de impugnación», el artículo 113 de la Constitución italiana se propuso en realidad poner únicamente una barrera inequívoca e insuperable (pero sustancialmente superflua, dada la formulación del artículo 24) a toda tentativa de vuelta a un sistema de legislación de privilegio del que se había abusado en el pasado.

Merece ser señalado a este propósito, dada la importancia que la cosa puede tener también en relación a los fines de la justicia administrativa española, que la jurisprudencia constitucional italiana se ha pronunciado repetidamente en el sentido de que la subordinación de la solicitud de la acción jurisdiccional (ordinaria o administrativa) a la previa presentación de un recurso administrativo no contrasta con los artículos 24 y 113 de la Constitución. Se trata de un punto de vista con el que estamos de acuerdo,

al menos en los límites en que se pueda excluir (y en general se puede excluir) que ello represente (a causa de los plazos, de los trámites, del procedimiento) un obstáculo de tal magnitud a la tutela jurisdiccional que comprometa o debilite el derecho a ser tutelado mediante proceso. Hay que excluir, sin embargo, que la configuración de un recurso administrativo previo como presupuesto de la acción jurisdiccional pueda ser llevado a cabo en la legislación regional, ya que, según la jurisprudencia constitucional, las regiones no pueden legislar en materia de jurisdicciones y de procesos.

Es necesario recordar, de todas maneras, que la Ley de 6 de diciembre de 1971, número 1.034, que instituyó los tribunales administrativos locales, disponía ya, de manera general, que cuando una ley prevea un recurso administrativo, el interesado puede elegir entre la vía administrativa previa y el inmediato recurso jurisdiccional; de manera que, al menos en el campo de la jurisdicción administrativa, ya no existe en Italia (al contrario que en España) una prelación necesaria del recurso administrativo sobre el recurso jurisdiccional y el agotamiento de la vía administrativa ya no constituye presupuesto necesario de este último.

Otro punto que puede considerarse incorporado a la jurisprudencia, a la doctrina e incluso a la legislación italiana misma es que, allí donde la ley ofrezca a los interesados la alternativa entre el recurso jurisdiccional y un recurso administrativo cuya utilización impida todo tipo de recurso posterior (como es el caso del recurso extraordinario al Jefe del Estado) y éstos opten por la vía administrativa, no puede considerarse lesivo de los artículos 24 y 113 de la Constitución el hecho que a quienes hayan optado libremente por la vía administrativa (renunciando implícitamente en tal modo a la jurisdiccional) quede cerrada la vía jurisdiccional contra la disposición adoptada como consecuencia del uso de la vía administrativa que ha sido preferida (art. 10, 3, Decreto-ley de 24 de noviembre de 1971, número 1.199).

He señalado que la falta en la Constitución española de una disposición correspondiente al artículo 113 de la Constitución italiana no indica una menor garantía jurisdiccional frente a la actuación de la Administración. Hay que añadir, por otro lado, que tampoco indica garantías menores la falta, en el ordenamiento italiano, de una disposición constitucional correspondiente a la enunciada en el artículo 106, 1 de la Constitución española, según la cual los tribunales controlan el ejercicio de la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican. Se trata de un principio que corresponde sustancialmente al enunciado en el artículo 5.º de la ley italiana

de 1865 con que fueron abolidos los «tribunales contencioso-administrativos» (Ley de 20 de marzo de 1865, núm. 2.248, Ane. E) y que puede considerarse amparado por los artículos 24, 97 y 113 de la vigente Constitución.

4. No faltan, sin embargo, algunos sectores en los que las garantías jurisdiccionales ofrecidas a los sujetos interesados son menos robustas en Italia.

Por ejemplo, en el ordenamiento italiano, mientras que, al igual que en España, se pone en manos de los jueces ordinarios la competencia para conocer de las controversias relativas a las causas de inelegibilidad y de incompatibilidad relativas a los cargos de los componentes de los cuerpos electivos de los entes territoriales (regiones, provincias y ayuntamientos), se pone, por el contrario, en manos de las Cámaras del Parlamento y, por tanto, de órganos políticos y no imparciales, la competencia para conocer de las controversias relativas a la elegibilidad y a la compatibilidad de los componentes de dichas Cámaras (art. 66). Más coherentemente y con mayores garantías, el artículo 70, 2 de la Constitución española atribuye, por el contrario, también a los jueces la tutela del derecho subjetivo al cargo parlamentario (derecho que se hace valer no sólo frente al sujeto particular con intereses contrarios, sino también frente a la autoridad administrativa que preside la realización de la elección y a la autoridad parlamentaria que procede o no a la convalidación o a la declaración de inelegibilidad).

Aún más importante es la tutela jurisdiccional que podrán gozar las libertades fundamentales en base a la Constitución española, cuando se traducirán en normativa concreta las previsiones de un procedimiento acelerado ante los jueces ordinarios y de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional contenidas en los artículos 53, 2; 161, 1 b) y 162, 1 b) de la Constitución. Habrá entonces una protección más consistente, similar a la que desde muchos sectores ha sido, y aún es, invocada para el ordenamiento italiano, respecto al cual las intervenciones judiciales de tutela de las libertades fundamentales llegan a veces demasiado tarde y la última palabra corresponde a jueces que no poseen aquella particular sensibilidad al argumento que suele ser considerada propia de los jueces constitucionales.

5. Sin embargo, el verdadero talón de Aquiles de la justicia administrativa italiana está representado por el hecho de tener el principal punto de referencia en lugar de en la naturaleza pública o privada de la relación, en una distinción entre derechos e intereses legítimos fundada, por razones históricas, sobre bases bastante artificiosas y extremadamente sutiles. De

hecho, se sabe que en Italia son los jueces civiles y no los administrativos quienes conocen de las cuestiones relativas a derechos, incluso si se refieren a relaciones de Derecho público, mientras, normalmente, los jueces administrativos conocen sólo de las cuestiones relativas a relaciones de Derecho público en las que los particulares reivindican sólo intereses legítimos.

Los conceptos de las dos figuras subjetivas señaladas (derechos e intereses legítimos) no coinciden en Italia con los que existen en otros países donde la distinción es aceptada. La razón de esto se remonta a la excesiva dependencia respecto al poder ejecutivo demostrada por los jueces durante los primeros treinta años de la Italia unida y transmitida a las décadas siguientes. La categoría de los derechos subjetivos quedó forzosamente reducida respecto a sus límites naturales. Esto dio lugar a una dilatación de la categoría de los intereses legítimos, hasta incluir todos aquellos casos en que un derecho puede ser menoscabado por el poder administrativo. Como quiera que la tutela de las dos posiciones subjetivas diversas queda confiada por la ley a dos diferentes órdenes jurisdiccionales —el civil, que está subordinado al Tribunal de Casación, y el administrativo, que está subordinado al Consejo de Estado— y dichos órdenes jurisdiccionales disponen, en relación a los actos administrativos de potestades diversas —pudiendo generalmente anular dichos actos solamente el juez de los intereses legítimos y teniendo que limitarse el juez de los derechos subjetivos a declarar la ilegitimidad del acto y, eventualmente, a condenar a la Administración al resarcimiento de los daños—, es evidente la importancia, es más, la gravedad de las consecuencias, sustanciales y procesuales, vinculadas a tan inconsistente distinción, que depende en realidad de un *judge-made law*.

La sede constituyente podría haber sido la gran ocasión para superar este tradicional estorbo de la justicia administrativa italiana. Pero la ocasión no fue aprovechada. La Constitución ha salvaguardado la jurisdicción administrativa, subordinada al Consejo de Estado, conservando para la misma, en principio, la tutela de los intereses legítimos (art. 103) y convirtiendo, en realidad, esta jurisdicción especial en la jurisdicción ordinaria en materia de intereses legítimos (no faltan, sin embargo, casos excepcionales en los que los tribunales ordinarios conocen de cuestiones relativas a intereses legítimos).

La única innovación enunciada en la Constitución fue la institución en cada región de tribunales administrativos de primer grado. En la Constitución no se dice que la competencia de estos últimos (que, naturalmente, siguen siendo tribunales *del Estado*) deba extenderse a la totalidad de las materias que eran competencia (en único o en segundo grado) del Consejo de Estado; sin embargo, a los tribunales administrativos, instituidos me-

diante la Ley de 6 de diciembre de 1971, número 1.034, en cada región, ha sido atribuida una competencia de primer grado de carácter general, de manera que, salvo algunas raras excepciones, el Consejo de Estado funciona hoy, en sede jurisdiccional, sólo como juez de segundo grado.

6. La Constitución italiana ha salvaguardado también otra jurisdicción administrativa tradicional, la del Tribunal de Cuentas, «en las materias de contabilidad pública y en las otras materias especificadas por la ley» (artículo 103). Una jurisdicción que —yendo aún más allá de la prescripción constitucional (cuya interpretación más correcta conduciría al reconocimiento al legislador de una potestad de elección)— la jurisprudencia común y constitucional ha considerado «reservada» al Tribunal de Cuentas, hasta el punto de excluir toda posibilidad de atribuir a otros jueces (y al juez ordinario mismo) competencias en materia de contabilidad pública (o sea, de responsabilidades de los funcionarios públicos obligados a rendir cuentas de las gestiones que han llevado a cabo).

Aparte de a esta materia, que se considera constitucionalmente que le está «reservada», la jurisdicción del Tribunal de Cuentas se extiende hoy a las responsabilidades civiles de los funcionarios públicos hacia el Estado y las regiones respecto a la labor desarrollada en el ejercicio de sus funciones, al contencioso relativo a las jubilaciones y al contencioso relativo a las relaciones de trabajo del personal del Tribunal mismo.

Se trata de una competencia jurisdiccional de muy amplio carácter, que se ejerce en un único grado y se suma a las competencias de control (contable y de legitimidad) que son propias de este Tribunal. Esto hace advertir la exigencia de descentralizar también la función jurisdiccional del Tribunal de Cuentas (como ya se ha hecho con la función de control en lo que a los órganos estatales y a los entes locales respecta) y eventualmente de instituir órganos locales del Tribunal competentes para el ejercicio de la justicia en primer grado.

7. Mientras la Constitución española (arts. 117, 5; 122, 1, y 123, 1) afirma el principio de la unidad jurisdiccional, con la única excepción de la jurisdicción militar, la Constitución italiana, además de esta última jurisdicción (en tiempo de guerra), sustrae también al principio de la unidad jurisdiccional el Consejo de Estado y el Tribunal de Cuentas (art. 111). Las sentencias de estos últimos tribunales quedan excluidas en realidad del control del Tribunal de Casación en los casos de violación de la ley, aunque, por el contrario, se admite este control en relación a las sentencias de los demás jueces ordinarios y especiales (art. citado). En lo que respecta a las

sentencias del Consejo de Estado y del Tribunal de Cuentas, se admite el recurso ante el Tribunal de Casación «sólo por motivos relativos a la jurisdicción»: el Tribunal de Casación conoce de estas sentencias únicamente en el ejercicio de la función de juez de conflictos, no en el ejercicio de la función de custodia de la ley que la Constitución le reconoce respecto a las sentencias de los jueces ordinarios y especiales.

8. Además de los jueces especiales de los que hasta ahora hemos hablado (Consejo de Estado, Tribunal de Cuentas y órganos jurisdiccionales a ellos subordinados), la Constitución italiana no excluye en realidad la existencia de otros jueces especiales. Excluye totalmente (al igual que la Constitución española: art. 117, 6) la posibilidad de jueces extraordinarios (es decir, de tribunales de excepción creados *ad hoc* en circunstancias excepcionales y para hacer frente a las exigencias relativas a tales circunstancias) y excluye asimismo la posibilidad de instituir *nuevos* jueces especiales (artículo 102), demostrando de este modo una «línea de tendencia» hacia la unificación de la función jurisdiccional en los tribunales ordinarios. Sin embargo, además de la expresa conservación (y, por tanto, la constitucionalización) de las jurisdicciones especiales del Consejo de Estado y del Tribunal de Cuentas y de la institución en las regiones de «órganos de justicia administrativa de primer grado» (que han sido creados posteriormente con la ya mencionada Ley 1.034 de 1971), la Constitución consiente la supervivencia de los jueces especiales preexistentes (art. 108) y en particular de aquellos que ejercen funciones de justicia administrativa (art. 103), prescribiendo, por lo demás, su «revisión» (disposición final VI) en vista de su eventual supresión o de su adecuación a las prescripciones constitucionales (principalmente a aquellas destinadas a asegurar una posición de independencia también a los jueces especiales: art. 108).

Es en virtud de estas disposiciones que se ha podido conservar la jurisdicción administrativa (análoga a la del Consejo de Estado, pero de único grado y sujeta al control de legitimidad del Tribunal de Casación) del Tribunal Superior de las Aguas Públicas (art. 143 t. u. de 11 de diciembre de 1933, núm. 1.115) y que se ha procedido a la revisión de las comisiones tributarias, una jurisdicción tradicionalmente competente para conocer de las cuestiones de legitimidad y de mérito en las controversias relativas a las obligaciones tributarias, salvo el sucesivo recurso al juez civil. Pero han sobrevivido también algunas jurisdicciones especiales de menor importancia. Otras, por el contrario, han desaparecido a consecuencia de sentencias constitucionales que han declarado ilegítimas las leyes que las establecían, ya que no garantizaban a sus componentes una adecuada posición de inde-

pendencia. De modo que, en relación a aquellas jurisdicciones especiales que eran poco coherentes con la Constitución, la labor de revisión no llevada a cabo por el legislador ha sido efectuada en realidad por el Tribunal Constitucional. Y esto representa uno de los puntos a favor de la justicia constitucional italiana.

9. Para concluir esta breve intervención, que no pretende poseer la importancia de un estudio, me complace subrayar cómo —aparte las diferencias— sea muy significativa la importancia que tanto la Constitución italiana como la española demuestran atribuir a los temas de la legalidad en la actuación administrativa y a los de la justicia administrativa. Sin una justicia independiente y eficiente no existe salvaguardia para ningún derecho. Y sin una legalidad en la actuación administrativa garantizada por una justicia administrativa independiente y eficiente, se pone en discusión la democracia misma, que no es sólo participación de los individuos en el poder, sino que es también salvaguarda de los individuos frente al poder. El Estado democrático es, y debe ser, Estado social. Pero si no es también (y de manera efectiva) Estado de Derecho, un Estado no puede ser ni siquiera Estado social. Ningún derecho de los individuos puede decirse que sea tal, en realidad, allí donde no se le pueda hacer justicia.

No menos importante, sin embargo, es subrayar que, en lo que se refiere a las libertades y a los derechos fundamentales —que son estrictamente inherentes al ser humano y, por tanto, a la vida del hombre que es (¡ay!) breve—, una justicia que se dé con retraso sufre el riesgo de convertirse, muy a menudo, en falta de justicia. En este terreno es esencial que el tiempo que pasa entre la lesión del derecho y el fallo del juez quede reducido al mínimo. En ciertos casos sólo una intervención urgente de la justicia puede ser reparadora y satisfactoria hasta el punto de que se considere no defraudadora la función de esta justicia. El reconocimiento del derecho a obtener el pasaporte o la afirmación de la ilegalidad de la prohibición de un mitin, cuando llegan después de meses (o años) del recurso, se convierten en una negación a hacer justicia.

El problema de la rapidez de las intervenciones de la justicia tutelar de las libertades y los derechos fundamentales es, por tanto, común al Derecho italiano y al español. De hecho, la misma Constitución española, en su artículo 53, no enuncia nada más que serias intenciones. Será privilegio de las leyes comunes traducir más tarde en realidades tales intenciones y desatar el grave nudo de la realización de una justicia inmediata y eficaz para la protección de los derechos fundamentales. Un nudo éste que deberá ser desatado mediante la atribución a un único juez (el ordinario) de las

intervenciones de urgencia y mediante la posibilidad de impugnar inmediatamente con el recurso de amparo la sentencia de primer grado de dicho juez. De esta manera, el juez ordinario llegaría a asumir una función análoga a la atribuida en la Constitución de la II República a los «Tribunales de Urgencia», que después no fueron jamás instituidos.

(Traducción de FAUSTINO GONZÁLEZ.)