

VEINTICINCO AÑOS DE APLICACION DE LA LEY REGULADORA DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: BALANCE Y PERSPECTIVAS *

POR

JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR

Catedrático de Derecho administrativo de la Universidad de Valencia

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA PLURALIDAD DE INSTANCIAS JURISDICCIONALES.—III. LAS LIMITACIONES DEL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO: A) *Las deficiencias estructurales*. B) *La picaresca funcional*.—IV. ¿CRISIS DE LAS GARANTÍAS PROCESALES?

I. INTRODUCCIÓN

Una de las premisas teóricas que, con valor de axioma, ha determinado la construcción de nuestro Derecho administrativo, desde sus mismos orígenes, ha sido la práctica identificación entre los temas del control de la legalidad y del control jurisdiccional. En la estructuración racionalista del Estado liberal, el proceso de realización del Derecho se contempla, en su forma más elemental, como un mecanismo de interrelación entre los tres poderes clásicos, merced al cual el poder ejecutivo actúa sometido a las normas emanadas del legislativo; sometimiento que el judicial garantiza a través del fallo autoritativo y vinculante de los litigios que son planteados ante él.

Pese a su simplicidad —y a su parcial inexactitud, que, por obvia, no vamos a desvelar aquí—, este esquema teórico continúa formando el nervio último de los preceptos que las modernas Constituciones occidentales dedican al diseño del principio de legalidad. Así, nues-

* El presente trabajo constituye el texto íntegro de la conferencia dictada por el autor en el Seminario Internacional de Derecho Administrativo celebrado en San José de Costa Rica los días 31 de agosto a 5 de septiembre de 1981. Por lo mismo, carece de referencias bibliográficas concretas, que vienen suplidas por una nota resumen inserta al final del texto.

A efectos de la comprensión de cuanto se dice en el texto, debe tenerse en cuenta que la jurisdicción contencioso-administrativa de Costa Rica se rige por la Ley número 3867, de 12 de marzo de 1966, cuyo contenido es una transcripción sustancial, salvo variaciones de detalle, y en el aspecto orgánico de la vigente española de 1956.

tra vigente Constitución de 1978, tras ordenar en su artículo 103 que la Administración debe actuar en todo caso «con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho», menciona acto seguido, como técnica paradigmática para asegurar este sometimiento, la del control jurisdiccional: el artículo 106 dispone que «los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican». El control jurisdiccional de la acción administrativa es, pues, la garantía institucional básica y primaria del principio de legalidad, que la propia Constitución refuerza convirtiéndola, además, en una de las libertades públicas fundamentales (el derecho a la justicia, art. 24).

No es infrecuente escuchar hoy, sin embargo, la tesis de que este esquema se halla en crisis, principalmente en lo que se refiere a la segunda de sus piezas: el contencioso, se dice, el control jurisdiccional de la Administración está superado; sirvió, quizá, en su tiempo, para controlar a las embrionarias estructuras burocráticas del Estado liberal y abstencionista, correspondientes a unas sociedades de economía básicamente agraria que comenzaban el proceso de la revolución industrial; pero es una herramienta insuficiente y roma para fiscalizar eficazmente al mastodóntico Estado interventor, protagonista de las sociedades tecnológicas de la tercera ola.

No ignoro que tal tesis es, en su rotundidad enfática, bastante simplista; que encubre no pocas peticiones de principio, cuando no es expresión sutil de una larvada ideología autoritaria. Pero no es mi propósito entrar aquí en esta polémica, que exigiría por sí sola muchas páginas. Por más que mi desacuerdo con tal actitud sea completa, un mínimo rigor intelectual nos impide desecharla de plano: aunque globalmente no sea de recibo, en la tesis misma o en sus presupuestos de hecho, hay algo de cierto. El rechazo apriorístico de la eutanasia no autoriza al médico a hacer caso omiso de las enfermedades que sufre el paciente que agoniza.

Y es que estas *enfermedades*, valga la metáfora, existen. Es cierto, por no citar ahora más que un aspecto del problema, que el control contencioso se mueve con especial torpeza en el ámbito de la Administración económica. Pero lo más preocupante es, a mi entender, la incidencia social de todos estos problemas, que a fin de cuentas se resuelven en una grave crisis de credibilidad: *en el momento actual es forzoso reconocer, aunque nos duela, que la gran masa de ciudadanos no ve ni siente el contencioso como un instrumento efectivo de*

protección frente a las arbitrariedades de una Administración todopoderosa. Es inútil ponderar la extraordinaria gravedad de esta constatación; una constatación general a todos los países europeos y que no puede imputarse gratuitamente al fatalismo latino. Sin duda, la crisis de confianza no es privativa de las técnicas de control jurisdiccional de la legalidad; nos hallamos ante un fenómeno más general de pérdida de credibilidad en unas estructuras estatales que se revelan tan ineficaces ante las situaciones de crisis como inasequibles al ciudadano. Pero, con todo, el fenómeno tiene en este campo unas causas y connotaciones muy singulares que le hacen susceptible de tratamientos estrictamente técnico-jurídicos. El contencioso es, ante todo, una creación de juristas: por ello, su estruendoso fracaso en el plano de la creencia social es una acusación que nos afecta directamente y ante la que no podemos permanecer inactivos.

Y, sin embargo, ése es precisamente el mayor peligro. Sentados sobre un barril de pólvora, los juristas europeos continuamos instalados, salvo excepciones notables, en una posición de increíble autocomplacencia. Aun a riesgo de simplificar y por no contar sino dos ejemplos, creo que es aún básicamente cierto que los juristas del Reino Unido siguen alimentándose del mito gratificante creado por Dicey acerca de la intrínseca superioridad del *rule of law* sobre el *régime administratif*: y que los autores franceses se resisten aún a poner globalmente en cuestión ese orgullo nacional —y espléndido producto de exportación cultural— que es el *Conseil d'Etat*.

En España el fenómeno posee perfiles diversos. En los ambientes próximos al foro, y casi siempre en un plano privado, las lamentaciones sobre el «penoso» estado de la justicia son constantes. El que esta insatisfacción no termine reflejándose en análisis globales y públicos se debe a múltiples causas, de las que quisiera destacar exclusivamente tres: primera, el temor, no siempre infundado, a que las críticas al sistema sean asumidas como diatribas y acusaciones personales por el estamento judicial; una razón personal, pues, y tan egoísta como respetable. Segunda, la inercia de euforia que en su día pudo proporcionar nuestra vigente ley de 1956, muy superior a la precedente de 1888; una euforia ciertamente justificada en su día, pero que ha llevado a una peligrosa mitificación de su texto. El que esta ley sea obra personal, además, de los que hoy son también grandes maestros de nuestra disciplina no es, en verdad, un factor que coadyuve a su puesta en cuestión general. Una línea, pues, de silencio sólo rota por

algunos valientes análisis generales: de entre ellos quisiera destacar los de Jesús González Pérez, a los que este estudio debe mucho.

La tercera causa que coopera a este estado de placidez es más compleja y sutil y se centra en el evidente progreso que en los últimos años ha experimentado en todos los aspectos la doctrina de las Salas de lo Contencioso-Administrativo. Siempre ha habido buenos jueces, pero la diferencia de calidad y rigor dogmático entre las sentencias pronunciadas hace sólo quince años y las que hoy ponen habitualmente las salas es literalmente abismal. En temas cruciales como el control de reglamentos y legislación delegada, teoría de la discrecionalidad, libertades públicas, responsabilidad patrimonial, carácter revisor de la jurisdicción, suspensión en vía contenciosa y tratamiento de las inadmisibilidades, por no citar sino unos cuantos puntos de «parte general», el esfuerzo evolutivo y el avance han sido, justo es decirlo, gigantescos. Aunque el fenómeno tenga orígenes temporales más profundos, desde los comienzos mismos del proceso constituyente se aprecia en la jurisprudencia contenciosa un cambio visible: no sólo una tecnificación considerable del razonamiento judicial (que hace posible un diálogo dogmático entre las partes y el Tribunal antes inexistente), sino, sobre todo, un talante más resuelto y decidido en el control de la legalidad de los actos de la Administración, con empleo normal y espontáneo de argumentaciones principiales que antes debían ser eufemísticamente vestidas con disgresiones farragosas y de escasa solidez técnica.

Esta notable mejora —por la que, sin duda, debemos todos felicitarlos— no debe hacernos olvidar, empero, que el trecho por recorrer es aún largo y difícil y que el esfuerzo titánico de toda una ejemplar generación de jueces no es suficiente para superar el todavía abrumador número de defectos que aquejan a nuestro sistema legal, cuyas raíces son, desgraciadamente, seculares. Creo por ello que es necesario y urgente cerrar esta etapa de optimismo a ultranza y emprender una nueva fase de labor crítica; una labor cuya meta final debe situarse en algo tan difícil y ambicioso como restaurar la credibilidad social del control contencioso que lo saque de la *situación marginal* en que hoy se encuentra: es tremendo constatar esa realidad diaria de que el español que entra en conflicto con la Administración —en un conflicto jurídico normal y corriente, se entiende— no piensa en el contencioso como cauce natural para su resolución; piensa de inmediato en la presión política, en la negociación, en la introducción amistosa, en la interpe-

lación parlamentaria. Recurrir, lo que se dice recurrir, sólo lo hace el que no tiene otra soga en la que ahorcarse.

El presente trabajo intenta profundizar en las causas técnicas de este desaliento. Si la ineficacia del contencioso ya no puede ser imputada a la mala jurisprudencia ni a la deficiente preparación de los letrados, es forzoso concluir que el origen del problema es estructural, que nace de un estrato más profundo, de los mismos principios básicos de nuestro Derecho administrativo. Y el diagnóstico exige llevar a cabo un análisis crítico de aquéllos, empezando por los que se contienen en ese texto que la práctica forense ha dado en llamar, paradigmáticamente, nuestra Ley Jurisdiccional. Dentro de muy pocos meses esta Ley cumplirá felizmente su primer cuarto de siglo. Pienso que el mejor homenaje que puede hacerse a sus autores es analizarla con tanto rigor cuanto respeto; y espero que nuestros colegas costarricenses comprendan que esta labor de autocrítica es para los españoles la mejor manera de corresponder a su exquisita cortesía y, al tiempo, una invitación a reflexionar y, quizá, a reconsiderar, desde su propia e insustituible experiencia, el modelo jurisdiccional que un día adoptaron.

II. LA PLURALIDAD DE INSTANCIAS JURISDICCIONALES

Y, para comenzar, unas reflexiones sobre un problema aquí inexistente, pero generalizado al otro lado del océano: me refiero al problema de la dualidad (o, mejor, de la pluralidad) de instancias jurisdiccionales para conocer de los litigios en los que la Administración es parte. Un problema, por otro lado, que suele ser uno de los primeros en venir a la mente de todos cuando comienza a hablarse de los males del contencioso-administrativo y de la necesidad de su reforma; por ello, debe ser tratado en primer lugar.

Dos son, en efecto, las causas de esta permanente preocupación por el tema de la pluralidad jurisdiccional: de una parte, las dificultades que a las partes —a los recurrentes, claro está— acarrea la ausencia de criterios claros para la delimitación de la competencia de los respectivos órdenes judiciales. Y a esta cuestión, eminentemente práctica, se suma la inercia histórica del mito de la unidad de jurisdicciones: tras la crítica a la pluralidad subyace toda una tradición histórica de desconfianza ante la jurisdicción contencioso-administrativa, a la que, de una forma u otra, se la continúa considerando como una suerte de

fuero privilegiado de la Administración, ante el cual ésta obtiene un notorio trato de favor. Por ello —se concluye— la primera cuestión a plantear y la más urgente es la de unificación jurisdiccional.

Pienso, sin embargo, que esta conclusión debe acogerse con notable cautela. Por adelantado he de advertir que no niego la realidad de las dos causas de preocupación aludidas. Simplemente entiendo que hay que matizar y profundizar en su análisis, que su justificación es, en cierto modo, dudosa o al menos parcial y que, en todo caso, su solución ha de abordarse con otro método distinto al de la pura y simple refundición jurisdiccional. Para ello, hay que comenzar por la disección misma de estas causas.

En cuanto a la primera, la primera advertencia a formular es la de que el conjunto de problemas que suscita la delimitación de competencias jurisdiccionales tiene un origen contingente y una naturaleza en buena parte artificiosa.

Que la dualidad jurisdiccional es algo que no viene impuesto por la misma naturaleza de las cosas lo prueba lo accidental de su origen histórico: en los albores mismos de la revolución burguesa, los revolucionarios, renuentes ante unos Tribunales que continuaban ocupados por personas afines al antiguo régimen, retoman una vieja técnica de la monarquía absoluta y confieren a unos órganos de nueva planta, ubicados dentro de la propia Administración, el conocimiento de los procesos que afectaban a lo más importante y sensible del actuar de ésta; y ello con exclusión de la competencia de los Tribunales ordinarios, en cuyas manos se dejan solamente los litigios relativos a actividades típicamente privadas.

Pero como casi siempre ocurre en la historia jurídica, estas maniobras de desapoderamiento competencial pretenden justificarse *a posteriori* en razones de índole técnica: la ciencia jurídica entra entonces a desempeñar su función legitimadora de las decisiones políticas mediante la racionalización conceptual. La dualidad se explica y justifica en base a determinados conceptos dogmáticos —el *acte administratif*, lo contencioso-administrativo como algo sustancialmente distinto de lo contencioso-judicial—, los cuales se convierten de inmediato en criterios delimitadores de la competencia de uno y otro orden jurisdiccional. Y el problema ya está creado (artificialmente, por supuesto), desde el momento en que estos conceptos técnicos legitimadores, en cuanto creados forzosamente por la presión de las circunstancias, carecen por lo general de consistencia objetiva; son factores evanescentes, in-

aprehensibles, con lo que la seguridad y la simplicidad que deben predicarse de todo criterio delimitador de competencias se convierten en un imposible metafísico. De ahí la angustia; tan real como gratuita. Una angustia que tiene dos consecuencias: de una parte, la perplejidad irresoluble de los recurrentes —y aun de los propios jueces—; de otra, una inflación teórica —tan voluminosa como estéril— con la que los investigadores universitarios pretendemos dar respuesta al enigma en la medida en que nos sentimos responsables en última instancia de las construcciones dogmáticas que han determinado este fenomenal embrollo. Pueden contarse por decenas de miles las páginas que la doctrina italiana ha dedicado —y sigue dedicando— al deslinde entre los conceptos de derecho subjetivo y de interés legítimo, o las que la doctrina francesa continúa empleando para polemizar sin meta conocida entre las tesis del acto de autoridad, del servicio público, el *criterium* orgánico o el de las cláusulas exorbitantes. Un esfuerzo infructuoso, como no podría esperarse otra cosa de un problema mal planteado en su raíz, en la medida en que dicha raíz es arbitraria.

En España, la situación de este *punctum dolens* es sólo parcialmente semejante a la de los restantes países latinos. Además, ofrece caracteres un tanto paradójicos: técnicamente, los criterios de delimitación aparecen diseñados con una mayor complejidad que en otros países; en la práctica, sin embargo —y de ahí la paradoja—, no han suscitado graves inconvenientes ni angustia dogmática de ningún tipo. El artículo 1.º de nuestra Ley Jurisdiccional circunscribe la competencia de los Tribunales contencioso-administrativos en base a dos conceptos capitales de la disciplina que enseñamos: los de Administración pública y de Derecho administrativo. Con ello —y ahí es nada— se traslada al campo de la vida procesal toda la inacabable discusión dogmática sobre estos conceptos y se garantiza —digámoslo con ironía— la imposibilidad de dibujar con claridad el ámbito competencial de esta jurisdicción.

Pero, como decía, esta indefinición no ha acarreado consecuencias alarmantes ni se ha revelado en la vida práctica como un factor altamente disfuncional. No sé si ello se deberá al todavía escaso desarrollo de nuestra doctrina, a la irresponsabilidad del carácter latino o a la indiferencia ante los problemas irresolubles; pero lo que sí es cierto es que en mis años de experiencia forense nunca he podido apreciar en mis compañeros esa sensación de búsqueda torturada de criterios delimitadores que se percibe en la doctrina de otros países. La práctica

forense, yo diría que por fortuna, ha tirado por la calle de enmedio, renunciando a buscar rigor conceptual donde no lo hay y actuando en base al más absoluto pragmatismo: desde la perspectiva de los recurrentes —o de los letrados que les asisten—, la elección del juez se realiza en los casos dudosos que pueden plantearse más en base a la intuición que a la aplicación rígida de criterios dogmáticos. Intuición que no suele fallar, *en cuanto se opera sobre los contenidos estándar del Derecho administrativo en cuanto disciplina académica*. El punto real de encuentro de todas las opiniones se sitúa en algo tan pedestre, si se quiere, pero también tan útil, como es la temática usual de los tratados y manuales de la especialidad. Y ello, insisto, sólo para los casos dudosos, que no son demasiados, por cuanto en la mayor parte de los sectores *fronterizos* —minas, aguas, montes, asociaciones, etc.— las leyes respectivas contienen criterios adicionales de delimitación (aunque no siempre demasiado claros).

Y el problema tampoco ofrece gravedad desde la perspectiva del Tribunal o Tribunales de uno y otro orden jurisdiccional, que con un criterio que a mí me parece muy sano y pleno de sentido común, no se han mostrado excesivamente rigurosos ni preocupados en la puesta en cuestión de su propia competencia, ni en la defensa de las competencias ajenas. Ello es particularmente cierto en el caso de la jurisdicción contencioso-administrativa que, animada de un fuerte espíritu expansivo, ha venido ampliando sistemáticamente su campo de acción a través de técnicas tanto de origen legal (como la de las cuestiones prejudiciales) cuanto de creación doctrinal o jurisprudencial (así, la teoría de los actos separables o la de los vicios de orden público).

En definitiva, el sistema de criterios delimitadores de la competencia de los diversos órdenes jurisdiccionales en punto al enjuiciamiento de los actos de las Administraciones públicas, quizá no sea un modelo de racionalidad. Pero funciona sin grandes conflictos ni estridencias, sin angustia de ninguna clase, por lo que no parece que sea un problema que requiera de correcciones urgentes, al menos en términos comparativos.

La segunda de las causas que apoyan la tesis de la unificación jurisdiccional me parece aún menos consistente que la que acabamos de examinar. Cualquiera que fuese su importancia histórica, lo cierto es que, en el momento presente, la polémica decimonónica en torno a la unidad judicial ha perdido en España casi todo su sentido. De una parte, y desde hace ya casi un siglo, la jurisdicción contencioso-admi-

nistrativa se halla plenamente integrada en el poder judicial: es, por así decirlo, una jurisdicción tan «ordinaria» como la civil, que todavía recaba para sí este honroso calificativo. Y, de otra, sería injusto —por inexacto— afirmar que la Administración recibe hoy de los jueces de lo contencioso un trato de favor frente al que obtiene de los jueces civiles: la jurisdicción contenciosa ya no es, en modo alguno, un fuero privilegiado en este concreto sentido de presunta parcialidad. Desde este punto de vista, pues, la cuestión se halla hoy totalmente pacificada.

Con todo, no puede negarse que la Administración se encuentra, por así decirlo, en una posición más confortable y segura cuando litiga ante los Tribunales contenciosos que cuando es parte en un proceso civil: con toda evidencia, sus privilegios posicionales son, en el primer caso, de una intensidad considerable. Pero este hecho debe ser matizado doblemente: en primer lugar, esta situación de mayor privilegio no denota tanto la intrínseca superioridad del proceso civil cuanto los graves defectos del sistema contencioso, a los que más adelante me referiré. Y, en segundo lugar, no debe olvidarse que los privilegios de la Administración alcanzan también al proceso civil: en este orden de cosas, la exigencia de reclamación previa en vía administrativa, la prohibición de interdictos y la regla de la inembargabilidad de los bienes y fondos públicos no son sino los privilegios más llamativos y notorios éntre otros muchos de menor importancia (no conciliación previa, necesidad de autorización para entablar demandas en nombre del Estado y para el allanamiento o desistimiento, fuero territorial de la Hacienda, suspensión de plazos para consulta, reglas especiales en materia de prueba y notificaciones, recursos obligatorios, etc.), que hacen de la Administración un litigante no ciertamente ordinario, en el más estricto sentido de esta expresión.

Todo ello permite aventurar la tesis de que el viejo problema de la unidad de jurisdicción para la Administración pública sólo es planteable hoy en términos de reforma procesal, concebida ésta bien como requisito previo, bien como solución alternativa. Como requisito previo, en primer término, por cuanto me parece indiscutible que la unificación de jurisdicciones hecha sin más sería altamente perturbadora (dada la extrema diversidad de ambos tipos de procesos, el civil y el contencioso) cualquiera que fuera la fórmula que se adoptase: tan inconveniente sería aplicar a todos los tipos de litigios la regulación del proceso civil (con lo que la Administración perdería casi todos sus

privilegios, incluso los que no es lógico ni oportuno que pierda) como establecer como forma exclusiva la del proceso contencioso (con lo que la Administración ganaría injustificadamente nuevos privilegios y se administrativizaría *de facto* todo el Derecho privado aplicable a la Administración). Y mantener ambos tipos de procesos bajo un solo orden judicial no serviría de nada, salvo para complicar la planta de los Tribunales, manteniendo la misma incertidumbre para los recurrentes: el problema de elección del juez competente se convertiría ahora en un problema de elección del proceso aplicable a cada litigio. La unificación jurisdiccional, por tanto, sólo podría llegar tras una aproximación de la regulación de uno y otro tipo de procesos.

Pero es que esta reforma valdría también como solución alternativa a la unificación, a la que aventajaría en la evitación de los inconvenientes derivados del ajuste de la planta jurisdiccional. Si el carácter en cierto modo privilegiado de la jurisdicción contenciosa no deriva de la organización de ésta, sino del proceso que aplica, parece claro que la línea a seguir es la de la reforma de este proceso y del complejo de privilegios materiales sobre los que el mismo se apoya. Privilegios que, en buena parte, carecen hoy de justificación y defensa sólidas: más bien se trata de residuos históricos que bien podrían racionalizarse (o desaparecer, simplemente) sin que el interés público y el funcionamiento de los servicios administrativos experimentasen graves quebrantos. Dejando a un lado definitivamente el tema de la unificación jurisdiccional, es este plano de la mejora y depuración del proceso el que debe atraer nuestra atención; a él voy a referirme de inmediato.

III. LAS LIMITACIONES DEL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

No es una tarea sencilla ni carente de riesgos resumir en unos pocos minutos el extenso conjunto de problemas funcionales que aquejan a nuestro contencioso, cuya diversidad de naturaleza y de importancia relativa les hace rebeldes a todo intento de exposición ordenada y coherente. Con el fin de cubrir unos mínimos requisitos de sistematización, he optado por distribuirlos un tanto convencionalmente en dos bloques: el de las *deficiencias estructurales* del proceso, tal y como se derivan directamente de su regulación legal, y el de lo que podría denominarse *picaresca funcional*, esto es, el elenco de abusos y triquiñuelas que han florecido al calor de la peculiar reglamentación del

proceso y del propio régimen jurídico general de la actuación administrativa y que determinan o pueden determinar una disminución apreciable de las posibilidades garantizadoras de aquél. Y antes de entrar en su examen concreto, vayan por delante dos advertencias: primera, la de que no hay en la enumeración que sigue nada nuevo, nada que no sea conocido —y sufrido— por todos quienes han dedicado su actividad profesional al contencioso, jueces incluidos; y segunda, que tratándose de problemas harto notorios, reiteradamente denunciados en todo tipo de publicaciones, parece justificado referirse a ellos en forma sucinta, meramente panorámica, como también lo exige el deber primordial de no abusar de la paciencia de quienes gentilmente me prestan su atención en este acto.

A) *Las deficiencias estructurales*

1. A la cabeza de las deficiencias estructurales del proceso debe situarse, sin lugar a dudas, el denominado *carácter revisor* de la jurisdicción y del recurso contencioso-administrativo; esto es, su configuración como una técnica impugnatoria *ex post facto* de actos o decisiones plenamente ejecutorios. Mucho se ha escrito sobre ello, por lo que no insistiré en el análisis de esta característica, cuya explicación u origen histórico es evidente, pero que, hoy por hoy, lleva aparejada un sinnúmero de consecuencias harto negativas. Entre ellas, y sin ningún afán exhaustivo, cabe destacar las siguientes:

— El establecimiento de un rígido sistema de plazos preclusivos, como es inherente a toda técnica procesal impugnatoria, que juegan invariablemente a favor de la Administración; plazos fugaces, por otra parte (en cuanto plazos de caducidad, no de prescripción), en los que no cabe interrupción alguna y cuyo más ínfimo quebrantamiento determina no sólo la extinción irrevocable del recurso contencioso, sino, lo que es más grave y discutible, la pérdida definitiva del derecho material que en él se ejercita.

— La grave desventaja que supone para el recurrente asumir por necesidad la posición legal de demandante, sobre el que recae el montaje argumental de la impugnación y el peso principal de la carga de la prueba; con la consiguiente distorsión y ambigüedad en aquellos litigios en los que dicha carga de la prueba corresponde íntegramente a la Administración, como ocurre en los procedimientos sancionadores.

— La incapacidad del proceso contencioso para actuar como vía cautelar de daños o agravios futuros (como es normal en el proceso civil), por más que la producción de éstos sea más que razonablemente previsible. Como ha declarado reiteradamente nuestra doctrina jurisprudencial, el recurso es inadmisibile para prevenir agravios potenciales o futuros; lo cual, aunque sea duro decirlo, no significa otra cosa que los Tribunales están legalmente obligados a permanecer inactivos en tanto que la Administración no haya hecho todo el daño que desee. Hace tiempo, el profesor BENVENUTI expresaba muy gráficamente esta sensación de impotencia: «¿Cuántas veces, en nuestra actividad de profesionales o administradores, no nos ha ocurrido tener que perder el tiempo a causa de una ilegalidad cuya existencia conocíamos antes de que el acto fuese dictado? Hemos tenido que dejar pasar el tiempo, antes de que el acto se dictase, para plantear el recurso jerárquico, dejar pasar el tiempo para plantear el requerimiento, esperar todavía dos meses y acudir después al Consejo de Estado para oír decir, finalmente, que el acto que sabíamos que era ilegítimo, era efectivamente ilegítimo.»

— La inutilidad práctica del recurso para hacer frente a la mayor parte de los supuestos de inactividad de la Administración, como ya demostró exhaustivamente hace años el profesor Alejandro NIETO.

— Por último, la limitación de la pretensión u objeto del recurso, que queda, por así decirlo, congelada en el *petitum* o suplico planteado en la vía administrativa previa, sin que puedan incorporarse posteriormente peticiones derivadas de situaciones sobrevenidas en el propio curso del proceso, o que simplemente no pudieron contemplarse en las fases iniciales del litigio, cuando su conocimiento por las partes es aún imperfecto o fragmentario.

2. Estrechamente ligado al carácter revisor del proceso han de destacarse, en segundo lugar, la incidencia de dos fundamentales manifestaciones de la autotutela, cuales son *la ejecutoriedad* del acto administrativo (con su correlato de la regla general de su no suspensión en vía de recurso) y *la imposición de vías administrativas previas* para acceder al proceso contencioso.

Nada puede decirse sobre estos dos datos que no sea, por lo demás, absolutamente notorio. Conjuntamente, forman el primer y mayor privilegio de la Administración, que le confiere una posición de abrumadora superioridad en el marco del proceso; una superioridad de la que, por tanto, puede abusarse, y de la que frecuentemente se abusa.

Es en verdad muy fuerte la tentación a practicar una política de hechos consumados: con un recurso normalmente no suspensivo y con la ejecutoriedad en su mano, es lógico y humano que la Administración tienda a crear un estado de cosas irreversibles, ejecutando sus actos impugnados con tal intensidad que prive prácticamente de contenido al ulterior recurso contencioso, por cuanto una eventual compensación económica del fallo imposible de cumplir en sus propios términos no puede sustituir en muchos casos el propio objeto del proceso.

Pero la impotencia del recurrente que ve a la Administración caminar decidida hacia la ejecución de sus propios actos, no obstante la interposición del recurso, se acrecienta hasta el límite cuando tal impugnación ha de esperar obligadamente al agotamiento de unos recursos administrativos normalmente ineficaces y, por lo general, al transcurso de los plazos de silencio administrativo para entenderlos desestimados tácitamente. Administrando bien el tiempo, el juego de recursos previos y plazos constituye un seguro de impunidad para la Administración, que durante dicho tiempo tiene manos libres para hacer llegar los hechos a auténticos puntos sin retorno. He pasado muchas veces por la prueba, por la vergüenza ajena de tener que explicar esta incomprensible realidad a recurrentes no avezados, que no alcanzan a comprender cómo la ley puede consagrar tal privilegio; y hay que poseer un temperamento de hierro y una voluntad rayana en la obstinación para no incurrir en desaliento y en lo que, a la larga, constituye el mejor aliado de la Administración recurrida: la tendencia a la resignación y al abandono.

3. Pero los quizá principales factores de desaliento de los potenciales recurrentes son, desde mi punto de vista, *el formalismo, el alto coste y la lentitud* del proceso contencioso. Los dos primeros hechos van estrechamente unidos: no pocos ciudadanos —en España al menos— sienten auténtica aversión por todo lo judicial, por todo tipo de proceso, al que identifican inconscientemente con el hecho de hallarse encartados en una causa criminal. De lo judicial no se aprecian, desde fuera, más que dos expresiones amenazadoras: de un lado, el formalismo y solemnidad de las vistas públicas; de otro, el guirigay de las dependencias judiciales subalternas. Y todo ello encarece el litigio: aun cuando en determinados procesos, como los de personal, no se requiere la asistencia de procurador ni de letrado, prácticamente nadie se aventura en el mar proceloso de un recurso sin contar con dirección letrada, sin la cual el naufragio, se supone, es casi seguro.

Una dirección letrada que, por la misma fuerza de las cosas, tiende a ser cara. Es éste un fenómeno observado en muchos países: ante el poderío aplastante de la Administración, los recurrentes tienden a considerar insatisfactorias o insuficientes sus asistencias jurídicas habituales, poniéndose en manos de los *pesos pesados* de la profesión forense, cuyos honorarios son, lógicamente, más elevados. A ello no es ajeno, tampoco, la extendida mentalidad que considera al Derecho administrativo como un saber árido y remoto, sólo asequible a un puñado de raros especialistas. Pero, aunque se trate de circunstancias que han de ir desapareciendo naturalmente por el simple transcurso del tiempo, hoy por hoy son hechos que coadyuvan a un notable encarecimiento de la vía contenciosa.

Y, por sí sólo fuera poco, la lentitud de los procesos contencioso-administrativos. Una lentitud que puede llegar a aplazar por más de tres años la solución definitiva del litigio; una lentitud que es problema común de todos los países europeos (y de poco sirve el consue'lo de la generalidad del mal) y ante el cual se han estrellado todas las medidas desconcentradoras (reforma francesa de 1953 y española de 1973, y creación en Italia de los Tribunales Administrativos Regionales), que no han conseguido sino rebajas mínimas en el promedio de duración de los procesos. Si es cierta —y lo es— la frase aquella de que una justicia tardía equivale a una denegación de justicia, es particularmente exacta en el proceso contencioso; y singularmente en aquellos en que el objeto es una cantidad de dinero. La inflación galopante que aqueja a todo el mundo occidental desde 1974 no ha hecho sino agudizar el fenómeno: por más que la Administración esté obligada a pagar intereses de demora, estos intereses se calculan normalmente por el tipo de interés básico o legal que señala la autoridad monetaria, que está siempre bastantes puntos por debajo de la tasa real de inflación.

4. Pero el proceso contencioso adolece de otras limitaciones estructurales, que le hacen inhábil para la resolución de determinados tipos de conflictos: son, en particular, las *limitaciones derivadas de la legitimación y del alcance de los fallos*.

Es justo reconocer que, en España al menos, la jurisprudencia contenciosa ha dado pasos de gigante en el tema de la legitimación procesal, mediante una generosa interpretación del concepto de interés legítimo como cualquier tipo de beneficio que pueda obtenerse de la anulación de un acto administrativo. Desgraciadamente, con ello no

se puede poner punto final. La sociedad actual nos ofrece determinados tipos de conflictos frente a la Administración que, por su carácter abstracto y general, no pueden ser reconducidos a proceso, por cuanto no generan intereses individualizados de suficiente intensidad como para ser considerados como habilitantes del acceso al recurso. Pese a su amplitud, la legitimación procesal continúa montada sobre *un basamento patrimonial*: los derechos o intereses no patrimoniales, sociales, éticos, ecológicos, continúan sin poder llegar a proceso. Y, claro está, estos conflictos terminan desbordándose por cauces de hecho, en ocasiones violentos. Es urgente, pues, la reconversión del proceso para poder asumir en su seno la resolución de estos conflictos, que es la función básica en todos los tiempos de la institución procesal. La doctrina italiana camina valientemente por esta senda a través de su construcción de los intereses difusos, pero las expectativas a corto plazo no son muy esperanzadoras.

Pero además, y en un ámbito muy próximo, es forzoso constatar que el proceso contencioso resulta prácticamente inútil para la resolución de conflictos generalizados. Con todas sus limitaciones, el sistema funciona cuando el objeto del recurso es una medida claramente individualizada (impugnación de justiprecio de un inmueble, de la sanción impuesta a un funcionario), pero fracasa estrepitosamente cuando la adopción por un ente público de un reglamento o de un determinado criterio interpretativo da lugar a centenares de actos administrativos idénticos. La estructura del proceso, entablado entre partes concretas y determinadas, y la limitación de la eficacia de las sentencias (que sólo surte efectos «entre las partes y respecto de las personas afectadas por las mismas», art. 86, 2, LJCA) obliga, en estos casos, a un absurdo y antieconómico montaje de docenas y aun centenares de procesos idénticos, ante la resistencia de la Administración a acatar con carácter general el criterio ya sentado en las sucesivas sentencias. Esta obligada proliferación de litigios es disparatada y esterilizadora para los Tribunales, a quienes se sume en una rutina indigna de su función, y gravemente atentatoria contra la justicia misma, al dar lugar a diferencias sangrantes de trato entre las personas que recurrieron y las que no recurrieron, hallándose en la misma situación, o que, aun habiendo recurrido, se ven sorprendidos por un cambio de criterio de la jurisprudencia en una fecha determinada.

5. Podría continuar largo tiempo enumerando otras muchas deficiencias básicas del contencioso, pero el espacio de que dispongo es

limitado; por ello, terminaré este punto de mi exposición aludiendo a la propia *configuración interna del proceso y de su desarrollo*, cuya racionalidad resulta más que cuestionable.

Y es que, en la práctica, muchos de los procesos que se ventilan ante los Tribunales contenciosos tienen una tramitación completamente artificial, que impide un conocimiento completo de los hechos y anula, *de facto*, el principio de contradicción. En efecto: para comenzar, el carácter revisor del proceso hace que la pieza básica del mismo sea, absurdamente, la materialidad del expediente remitido por la Administración, en el que se contiene el acto impugnado y las actuaciones previas al mismo: un expediente que, con harta frecuencia, se ofrece a las partes en un estado lastimoso. Es perfectamente habitual entre nosotros que el citado expediente esté desordenado, incompleto, literalmente sucio, repleto de papeles inútiles y sin foliación de ningún tipo, lo que constituye una invitación descarada a los recurrentes desaprensivos para manipularlo, haciendo desaparecer de él los documentos inconvenientes a sus intereses. Con tan frágil basamento, el hallazgo de la verdad procesal es, con frecuencia, un milagro, algo que depende más del azar que del raciocinio.

Por otro lado, el sistema de defensa institucional de la Administración, tal y como entre nosotros está establecido, hace que el principio de contradicción brille a veces por su ausencia. La comunicación entre la Administración demandada, el órgano emisor del acto recurrido, y su representación y defensa procesal, es, por la propia fuerza de las cosas, prácticamente nula. La cortedad de las plantillas funcionariales hace que el Abogado del Estado, habitualmente ahogado por un trabajo que excede de toda capacidad humana, se vea constreñido a responder de forma mecánica y sucinta las docenas de demandas que se le trasladan, sin más apoyo que su ingenio, su buena preparación y su buen oficio para sacar adelante un acto administrativo basado en un expediente desaliñado e incoherente, relativo a un asunto de cuyas interioridades desconoce prácticamente todo. El auxilio del cliente al letrado director—esencial, pues nadie conoce el pleito como el recurrente— no existe casi en lo que a la Administración se refiere, la cual queda inerte cuando lo que se discute son básicamente temas de hecho.

Y esta necesaria búsqueda de la verdad se ve dificultada, además, por los escasos poderes inquisitivos conferidos a los Tribunales. Pese a su aparente simplicidad, al proceso ordinario le sobran algunos trá-

mites (normalmente, el de conclusiones, cuando el proceso versa casi exclusivamente, como es frecuente, sobre puros conflictos interpretativos de normas jurídicas), y le falta, en cambio, una fase previa en la que el Tribunal pueda asumir un papel activo, fijando los hechos con ayuda de las partes, determinando concretamente los puntos de controversia y requiriendo, incluso, a la propia Administración para que complete la documentación con los elementos de juicio necesario para fallar el litigio. En la situación actual, el proceso contencioso se reduce a un intercambio de papeles más o menos afortunados y a una decisión final sobre la verdad aparential y convencional extraída también de estos papeles. Y así, la justicia sólo puede resultar del milagro. Un milagro que se renueva día a día, cierto es; pero no parece aconsejable confiar indefinidamente en instancias sobrehumanas para asegurar algo tan laico como es el respeto del principio de legalidad.

B) *La picaresca funcional*

Pero estas deficiencias estructurales del proceso, que conducen tanto a la posible indefensión del recurrente como —paradójicamente— a la dificultad de defensa de la Administración, no son más que un punto de partida. Si ello no deriva en una *debâcle* del sistema de garantías, se debe a la pasmosa indiferencia de la Administración y sus servidores hacia la tramitación y resultado final de los recursos interpuestos contra sus actos. Si la Administración se tomase en serio los procesos, con el empeño de un particular que defiende su carrera o su patrimonio, sus posibilidades de impedir el éxito del recurrente son prácticamente ilimitadas en la actual situación legal. No es exagerado afirmar que la Administración pierde buena parte de los contenciosos porque quiere, o quizá por desinterés. Con un mínimo conocimiento de la mecánica del proceso y una cierta dosis de maquiavelismo, la Administración podría impedir, de hecho, siempre o casi siempre, que el recurrente obtuviese satisfacción efectiva a sus pretensiones. Instrumentos no han de faltarle; y, aun a riesgo de descubrir a personas inocentes ciertos malos usos, no resisto la tentación de describir aquí algunos de ellos, auténticos productos de la tan estereotipada agudeza latina, pero por los que no podemos sentirnos en modo alguno orgullosos:

1. En primer lugar, lo que J. GONZÁLEZ PÉREZ ha denominado, con su habitual sentido del humor, *la técnica de las notificaciones del mes*

de agosto; esto es, el abuso de las resoluciones notificadas en este período del año en el que la actividad profesional de abogados y procuradores queda reducida a cero y en el que los eventuales recurrentes no se hallan siquiera en su domicilio habitual. Es, desde luego, una fórmula burda de provocar la caducidad irremediable de los brevísimos plazos de recurso, que pueden consumirse prácticamente durante este período de inactividad estival.

2. En segundo lugar, *el control del expediente y de los hechos*. Habida cuenta de que, dado el carácter revisor del recurso, el proceso contencioso opera casi exclusivamente sobre un expediente cuya formación y remisión se hallan encomendadas al propio órgano administrativo, es obvio que éste dispone de posibilidades ilimitadas para manipularlo, haciendo desaparecer de él todo documento conflictivo o todo informe contrario al tenor del acto impugnado; así como para «prepararlo» adecuadamente en consideración a los intereses de la Administración demandada.

Sin embargo, el que una de las partes pueda prefigurar a su medida el objeto del proceso no es todo: *de facto*, los apartados 2.º, 3.º y 4.º del artículo 61 de nuestra Ley de lo Contencioso se hallan en franco desuso. No conozco ningún caso en que un Tribunal haya llegado a multar a un funcionario reticente en el envío de las actuaciones; sí sé, en cambio, que son muy frecuentes las ocasiones en que el Tribunal ha de hacer tres, cuatro o más requerimientos para que el expediente sea remitido (y eso que la Ley admite sólo dos antes de imponer la multa), así como aquellas otras en las que la Administración niega pertinazmente la existencia de antecedentes que le son reclamados y cuya realidad consta indubitadamente. Como tampoco son insólitos los casos en los que la Administración ha llegado a paralizar durante años un litigio, haciendo caso omiso de los oficios que las Salas le dirigían y limitándose a afirmar, con el mayor aplomo, que el expediente no puede enviarse porque se ha perdido. Y lo grave es que los Tribunales se ven impotentes para resolver adecuadamente muchas de estas situaciones: ni pueden dar curso, sin más, a todas las peticiones de antecedentes que las partes formulan (peticiones que, a veces, son abusivas o puramente dialécticas), ni pueden cerrar los ojos ante la realidad de la calamitosa situación de los archivos administrativos, o ante el hecho de que la unidad que se relaciona con las Salas (normalmente, los servicios de recursos) no es la detentadora física del expediente; con lo que la posible responsabilidad se diluye

a lo largo de los diversos escalones burocráticos. Fórmulas para corregir estas situaciones las habría, sin duda alguna; pero la ley no las prevé.

Y a todo ello ha de sumarse el extraordinario poder que la Administración posee, además, sobre la prueba de los hechos. Cuando tales hechos constan exclusivamente en un archivo del propio organismo recurrido, sus facultades para negar la evidencia son absolutas: la Administración certifica de su documentación literalmente lo que quiere; lo cual resulta de una gravedad extrema, por ejemplo, en materia de ordenanzas municipales (cuyo contenido no se publica en boletín oficial alguno), en donde la Administración certifica como mejor le viene no ya los hechos, sino el mismo contenido de las normas reglamentarias con arreglo a las cuales ha de decidirse sobre la legalidad o ilegalidad del acto administrativo.

3. En tercer lugar, *la técnica de los actos en cascada*; una forma perfecta de hacer perder los estribos al recurrente más seguro. Y su instrumentación es muy sencilla: recurrido un acto administrativo, se dicta otro complementario o que lo modifique antes de que se formalice la demanda: con ello, la parte recurrente ha de solicitar la acumulación, lo que suspende el curso de los autos y obliga a recomenzar el proceso (art. 46 LJCA). Basta dictar unos cuantos actos sucesivos para retrasar el proceso bastantes meses.

El sistema, por otra parte, es perfecto en los recursos contra reglamentos. Una vez tramitado todo el proceso, y cuando faltan unos pocos días para que el Tribunal dicte sentencia, se aprueba y publica un nuevo reglamento, modificando y derogando el anterior, con lo que el recurso en tramitación deviene vacío de contenido y obliga a la parte a iniciar un nuevo recurso de reposición, nuevo recurso contencioso, etc., para que al cabo de otros dos o tres años más la Administración pueda repetir la operación anterior. Esta técnica puede también emplearse una vez finalizado el proceso en sentencia anulatoria, mediante la reproducción pura y simple del acto o reglamento anulados. Falta en nuestra Ley una explicitación de la eficacia de cosa juzgada de los fallos, así como una apertura del incidente de ejecución de sentencias que dé cabida inequívoca a estos supuestos, cuya solución resulta hoy discutible; a menos de acudir a la vía de amparo por vulneración del artículo 24 de la Constitución. Pero lo deseable sería que las formas de corrección de estas actuaciones disfuncionales pudieran localizarse en el propio proceso contencioso, y no en instan-

cias externas y extremas (o, quizá, en la tipificación de una conducta delictiva *ad hoc*, hoy de problemático encaje en el artículo 369 del Código Penal español).

4. En cuarto lugar, *la técnica de los recursos múltiples y de unidad del expediente*. Consiste en lo siguiente: la Administración desea paralizar un recurso que sabe va a interponerse contra un determinado acto suyo; en tal caso, remite el expediente relativo a dicho acto (aparentando error, o acumulando) a otro Tribunal y recurso con el que guarde una relación más o menos lejana. Reclamado el expediente, la Administración comunica que se envió al Tribunal X para surtir efectos en el recurso Y. Como los actos a que se refieren ambos expedientes pueden no guardar la similitud necesaria para acordar su acumulación (y más aún, cuando los recursos obran en Tribunales diversos), la Sala tendrá que comunicar a la parte que su recurso queda en suspenso hasta que, dictada sentencia en el otro, pueda desglosarse el expediente y reanudarse el trámite. Total, dos o tres años de retraso para empezar un recurso que durará presumiblemente otros tantos.

5. Y aún un quinto procedimiento: *la provocación deliberada de fallos de nulidad de actuaciones por la propia Administración*, como medio de dilatar *in aeternum* el conocimiento del fondo. El esquema de esta técnica es también muy simple; supongamos un funcionario que recurre contra una sanción disciplinaria de separación del servicio. Interpuesto el preceptivo recurso administrativo *en plazo*, la Administración lo declara inadmisibile, no resolviendo sobre su contenido, por considerarlo, por ejemplo, interpuesto *fuera de plazo*. El funcionario acude al proceso contencioso, y el Tribunal —supongamos que dos años después— declara la nulidad del acto de inadmisión, por estar el recurso efectivamente interpuesto dentro de plazo; pero no entra en el fondo, que no fue discutido en la vía administrativa (carácter revisor), y lo remite a la Administración para que resuelva sobre el contenido material del recurso. La Administración ejecuta, examina el recurso y nuevamente lo declara inadmisibile, esta vez por falta de legitimación activa, supongamos: nuevo recurso contencioso y nuevo fallo de nulidad de actuaciones —después de otros dos años—. Evidentemente, hasta que la Administración agote todos los posibles motivos de improcedencia formal del recurso (defecto de capacidad, acto consentido, defecto de representación, etc.), el funcionario habrá rebasado con creces la edad de su jubilación forzosa, si es que ha dispuesto

entre tanto de medios económicos y resistencia psíquica suficiente para mantener una serie de recursos sucesivos.

El ejemplo, por supuesto, está deliberadamente exagerado. Pero, en teoría, no es imposible. Y la forma de eliminarlo en su raíz no es difícil: bastaría con hacer aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 100, 7, de la Ley jurisdiccional. Si la Sala de apelación puede y debe resolver sobre el fondo del recurso en caso de rechazar la inadmisibilidad declarada por el Tribunal de instancia, parecería lógico que éste pudiera hacer lo propio en relación con las resoluciones administrativas declaratorias de semejante inadmisibilidad, siempre que dispusiese de elementos de juicio bastantes para fallar sobre el fondo. Y no creo que se oponga a ello el carácter revisor del recurso contencioso; mayor carácter revisor posee la apelación, y ningún principio sufre por la aplicación del precepto aludido. Tratar con más respeto a los actos administrativos que a las sentencias es algo que, en mi modesta opinión, carece de sentido.

IV. ¿CRISIS DE LAS GARANTÍAS PROCESALES?

Hasta aquí, un panorama rápido y fragmentario de los principales problemas que ofrece la vigente regulación del recurso contencioso-administrativo en España; problemas que, por lo que sé, se sufren también en este país. Y ello es lógico, pues a la postre no son sino las consecuencias extremas y aberrantes del modelo contencioso y del régimen administrativo francés, que tantas naciones hemos asumido. Soy consciente de que muchos temas han quedado en el tintero, como los relativos a la suspensión del acto impugnado y el régimen de ejecución de sentencias, que merecerían quizá un tratamiento monográfico. He omitido también la alusión de las distintas tendencias jurisprudenciales con las que nuestros Tribunales pretenden en los últimos años corregir algunas de estas disfunciones: quede aquí constancia de lo meritorio de estos esfuerzos. Pero creo que, en aras a la brevedad, he de hacerles gracia de estos detalles, pues no se trata aquí de poner en solfa nuestra concreta jurisdicción contenciosa, sino de cuestionar el sistema general, el modelo básico que ha propiciado estas indeseables consecuencias.

Con todo, es obligado reconocer que la situación actual no es en modo alguno satisfactoria. Sin duda, la Ley jurisdiccional de 1956

ha permitido un avance notable de nuestro sistema de garantías: en veinticinco años, cierto es, se ha recorrido un gran trecho. Pero el camino adelantado no debe engañar nuestra perspectiva, si tenemos en cuenta que el régimen vigente hasta 1956 tenía cuando menos un siglo de retraso respecto del de otros sistemas europeos. Pero ya no se trata de retrasos comparativos: sea cual sea la cota en que nos encontremos, lo cierto es que este contencioso ofrece tales fisuras que no puede dar respuesta a las exigencias de garantía judicial frente al Estado de finales del siglo xx. A menos que queramos arrumbarlo en el desván histórico de los trastos inservibles, la reforma es necesaria. Y urgente. Y esto ha de decirse de forma enérgica, con el fin de contrarrestar el sentimiento de desesperanza y abandono que con relación a este tema se observa en la generalidad de los gobiernos y de la respectiva clase política. El proceso contencioso es muy complicado, se dice (en verdad, se desconoce); es muy difícil y delicado reformar la máquina judicial, enormemente apegada a sus tradiciones; hay siempre temas legislativos más importantes y urgentes. En conclusión: la posible reforma se aplaza resignadamente y, en su lugar, se hace algo muy semejante a lo que hacían hace dos o tres siglos los monarcas absolutos europeos: en lugar de reformar las instituciones que no funcionan, se crean otras para cubrir las tareas o las necesidades que aquéllas son incapaces de satisfacer. Aquí puede encontrarse una de las causas de la asombrosa expansión de la figura del *Ombudsman*, también implantado en España por nuestra Constitución de 1978, con el nombre de Defensor del Pueblo, o de instituciones similares.

No está en mi talante negar *a priori* validez a toda innovación institucional como la que acabo de mencionar. Personalmente, tengo dudas sobre su eficacia fuera del singular ámbito cultural de los países sajones o germánicos, pero admito que su futuro pueda resultar a la postre feliz. Lo que quiero decir es que me parece, de entrada, una mala técnica la superposición de instituciones que cumplen fines semejantes, sin antes haber intentado agotar las posibilidades funcionales de la más antigua. Bienvenido sea, pues, nuestro flamante Defensor del Pueblo, pero entremos también a reformar y potenciar nuestra jurisdicción contenciosa, muchas de cuyas virtualidades está aún por descubrir.

¿Y cuáles han de ser las líneas maestras de esta reforma? Ante todo, parece necesario advertir contra la tentación de emprender reformas radicales o de instaurar modelos de nueva planta, cuya efecti-

vidad estaría por demostrar y que, en cualquier caso, exigirían un largo período de adaptación y sedimentación; ello en un terreno, como el de las garantías, que no admite interrupciones o bajas sensibles en el nivel de prestación de los servicios públicos sin graves inconvenientes. Se me antoja que, a la larga, puede ser más progresivo partir de lo que tenemos y apuntar retoques parciales que, por más realistas y alcanzables, pueden rendir mayores frutos a corto y medio plazo, sin apenas costes sociales o burocráticos. Pues bien, sin pretender trazar aquí una especie de proyecto alternativo, ni diseñar en detalle un modelo de reforma, creo que los principios básicos de esta reconsideración del sistema serían, entre otros, los siguientes:

En primer término, *la atenuación del carácter revisor del proceso contencioso*. Es necesario reimplantar de alguna manera el viejo modelo del contencioso de plena jurisdicción no impugnatorio, como proceso declarativo *ex ante*, y limitar las consecuencias de la asimilación del recurso anulatorio a la apelación procesal, configurando los plazos de recurso como plazos de prescripción, con una amplitud mayor que la que actualmente poseen. La técnica de la caducidad y del acto consentido carecen, a mi entender, de toda justificación sólida.

En segundo lugar, *una reconsideración global del carácter no suspensivo del recurso contencioso*. Las soluciones son múltiples: desde conferir efecto suspensivo *ex lege* al recurso en determinados supuestos, a invertir en otros la carga de la prueba, forzando a la Administración a acreditar las razones en virtud de las cuales la suspensión produciría un evidente y grave trastorno en el funcionamiento de los servicios públicos. Esta es la línea ya avanzada en España por la Ley de 26 de diciembre de 1978, sobre protección jurisdiccional de las libertades públicas; Ley cuya corta experiencia ha demostrado, desmintiendo todos los malos augurios, que la Administración no sufre, en realidad, ningún quebranto especial por el hecho de conferir carácter suspensivo al recurso. Más aún: fuera ya de estos supuestos especiales, que requieren una protección judicial especialmente enérgica, el resto de los procesos debería insertar en su mismo comienzo un trámite o incidente *obligatorio* en el que el juez, oyendo a las partes, decidiese necesariamente sobre la conveniencia o no de suspender el acto impugnado, ponderando los distintos intereses en juego. La suspensión, pues, como objeto de un pronunciamiento preceptivo, y no como un trámite rogado que obliga a una falsa dialéctica de demostración de que los perjuicios son de difícil o imposible reparación. ¿Y qué es eso

de *difícil o imposible*, sino palabras? ¿Por qué el interés en el mantenimiento de la ejecutoriedad es, por definición, más digno de protección que la evitación de un perjuicio a un ciudadano, cuando todos sabemos que los perjuicios nunca se pueden reparar *en su integridad*? ¿No es en ocasiones mucho más lógica la regla inversa, esto es, la de que se debe mantener la ejecutoriedad cuando la suspensión podría causar daños irreparables o resultados difícilmente reversibles para el interés público? Cuestión distinta es la del aseguramiento de los resultados finales del acto administrativo, si la sentencia es desestimatoria, cuyos mecanismos han de reforzarse más allá de la simple caución que la Ley establece. Y ésta es la línea marcada, ejemplarmente, por la reciente reforma de nuestro recurso económico-administrativo, que es justamente donde se halla el origen histórico de los privilegios de ejecutoriedad y no suspensión; una línea en la que convendría meditar en profundidad.

En tercer lugar, *la conversión de los recursos administrativos previos en trámites puramente potestativos*, a emplear discrecionalmente por el recurrente en aquellos supuestos en que existiesen posibilidades auténticas de arreglo extrajudicial del conflicto. Es ésta una medida urgente y capital, que abreviaría de modo considerable la duración de los procesos y que, al tiempo, resolvería el insoluble problema de los Servicios de Recursos de los Departamentos ministeriales, hoy materialmente asfixiados por una montaña de impugnaciones a las que no se puede dar contestación, en modo alguno, en el plazo de silencio que la Ley establece.

En cuarto lugar, *la remodelación de la legitimación procesal*, que, sin necesidad de caer en el extremo de la acción popular, proporcionase un cauce impugnatorio a los intereses difusos a que antes me referí. Y, al propio tiempo, remodelar también el tema de la eficacia subjetiva y objetiva de las sentencias, en el sentido de establecer una vinculación más estrecha de la Administración a la doctrina establecida en los fallos de los Tribunales contenciosos, de tal forma que aquélla quede formalmente obligada a acatar sus criterios en todos los supuestos análogos que se le planteen, con empleo sistemático de la condena en costas—y de otros instrumentos disuasorios, que los hay—, en caso de incumplimiento o reiteración.

Y, por último, *una reforma profunda de los trámites integrantes del proceso y de la propia mecánica del trabajo judicial*. Esta línea de acción comprendería un conjunto de modificaciones prolijas de la vi-

gente Ley, que, obviamente, no pueden desarrollarse aquí. A título de ejemplo, mencionaremos que es preciso garantizar una observancia más rigurosa de los plazos procesales, fundamentalmente en lo que se refiere a la actuación procesal de los órganos administrativos: no tiene sentido que el mero transcurso del plazo para formalizar la demanda, sin hacerlo, produzca la caducidad irrevocable del recurso, y que la Administración pueda consumir meses en hacer lo propio o, más aún, en remitir el expediente.

Y una segunda reforma, en este mismo orden de cosas, debe afectar, como decía, al sistema mismo de trabajo de los Jueces. Por más que su honestidad laboral y su espíritu de servicio sean dignos de toda alabanza, la figura del Juez que examina por sí solo las actuaciones y redacta por sí su proyecto de sentencia es hoy un anacronismo histórico. En los niveles superiores de la jurisdicción contenciosa, al menos, el Juez integrante del Tribunal debe trabajar auxiliado por un equipo de juristas—no necesariamente Jueces—que desbrocen su trabajo y cooperen a la redacción material de los proyectos de sentencias. Es esta la línea que marcan todos los Tribunales internacionales, y aun los internos de algunos países (como la Corte Suprema de Estados Unidos), y es la única vía que permite hacer frente a la masificación de los recursos sin mengua de la calidad del trabajo judicial y sin acudir a una multiplicación de órganos judiciales que, con independencia de su alto coste, incrementaría los problemas de formación de una jurisprudencia unitaria.

Quizá no sean estas todas las medidas necesarias para lograr una jurisdicción contencioso-administrativa que se halle a la altura de los tiempos; de lo que no tengo duda es de que las enunciadas cambiarían por completo su faz actual, haciéndola más asequible al ciudadano y más eficaz en el cumplimiento de su función garantizadora del principio de legalidad.

Y esto es algo que los poderes públicos no deben echar en saco roto, por cuanto ellos serían los primeros beneficiarios de esta reforma. Es incomprensible cómo, a estas alturas del siglo xx, hay aún políticos y administradores que contemplan con hostilidad la labor de los Tribunales contenciosos, considerándolos poco menos que sus enemigos naturales, y que reputan como una ofensa el hecho de que los administrados hagan uso de la vía de recurso contra sus actos y reglamentos. Es incomprensible, a la inversa, cómo no han alcanzado a apreciar el papel capital que el contencioso-administrativo desem-

peña como cauce de integración, racionalización y moderación de los conflictos que el actuar de la Administración suscita; conflictos que terminan pudriéndose y estallando por la vía de la acción directa si no encuentran un sistema formalizado de planteamiento y resolución, como es —o debe ser— el proceso. Es hora de recordar, una vez más, que el contencioso no es un adorno histórico; ni un juguete dialéctico para diversión de los profesores de Derecho administrativo; ni, tampoco, una simple forma de vida de una clase profesional. Es una pieza política de importancia esencial, el instrumento básico de reducción de los conflictos que suscita la intervención del Estado en la sociedad civil. Es necesario, es urgente conseguir que el ciudadano termine de ver en la jurisdicción contenciosa lo que ésta quizá nunca ha sido del todo: la cobertura imparcial y ágil a través de la cual puede defender su *status*, sus libertades y su patrimonio de las acciones de una Administración que, por la fuerza misma de las cosas, tiende a ser cada vez más irracional y errática en su comportamiento. Y ello me hace recordar una frase, muy conocida, que el profesor ROLAND DRAGO ponía como colofón a su prólogo de la tesis de ANDRÉ LEGRAND: «*Le meilleur ombudsman c'est le Conseil d'Etat*». Más que una verdad actual, creo que esta afirmación sigue siendo hoy un bello objetivo. Pero creo que valen la pena todos los esfuerzos que los juristas hagamos por convertirlo en realidad.

NOTA BIBLIOGRAFICA

Para un análisis general de los temas tratados en el estudio, *vid.* el reciente y fundamental trabajo de J. GONZÁLEZ PÉREZ: *Nuevos sistemas de control de la Administración Pública*, «REDA», núm. 22 (julio-septiembre 1979), páginas 399 y ss., con el que el presente coincide y reitera en muchos de sus aspectos, y cuyas tesis suscribo íntegramente.

Sobre los temas comprendidos en el epígrafe relativo al carácter revisor de la jurisdicción, *vid.*, además de mi artículo *El problema de los plazos en el recurso contencioso-administrativo: ¿Prescripción o caducidad?*, en el número 58 de esta REVISTA, pp. 185 y ss.; el análisis de S. MUÑOZ MACHADO: *Nuevos planteamientos de la jurisprudencia sobre el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa*, «REDA», núm. 26 (julio-septiembre 1980), pp. 496 y ss., que lleva a cabo un completo estudio de las últimas tendencias jurisprudenciales sobre el particular. El texto de F. BENVENUTI puede hallarse en *Atti del Primo Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione* (Milano, 1957, p. 144). El trabajo aludido de A. NIETO es *La inactividad de la Administración y del recurso contencioso-administrativo*, en el número 37 de esta REVISTA, pp. 75 y ss.

Los temas referentes al formalismo, coste y lentitud del proceso han sido objeto de una copiosa literatura en todos los países. Es ya clásica la monografía de M. GUIDARA: *La fonction administrative contentieuse*, París, LGDJ, 1972, con una completa bibliografía. Importantes también los estudios de M. BONIFAIT: *Plaidoyer pour les premiers juges*, AJDA, 1978, pp. 152 y ss., y de R. VIARGUES: *Plaidoyer pour les Tribunaux administratifs*, en la «Revue de Droit Public et de la Science Politique», 1979, 5, pp. 1251 y ss.

La abundantísima literatura relativa a las transformaciones de la legitimación no puede ser reproducida aquí. Entre los trabajos más recientes, merecen consultarse los de A. NIETO: *La discutible supervivencia del interés directo*, «REDA», núm. 12, pp. 39 y ss., el brillantísimo de M. NIGRO: *Esperienze e prospettive del processo amministrativo*, en la «Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico», 1981, pp. 401 y ss. en lo que afecta a los intereses difusos. También el volumen colectivo *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, Padova, 1976.

JURISPRUDENCIA

