

II. EXTRANJERO

LA INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA EN EL PROCESO DE EJECUCION DE LAS LEYES. CONTROL JURISDICCIONAL «VERSUS» FRACASO LEGISLATIVO (*)

(Análisis en torno a las acciones de responsabilidad por daños derivados de inactividad administrativa y legislativa por la «muerte de los bosques» en la RFA)

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—CAPÍTULO PRIMERO. *Ley y Administración. La actuación como mandato:* I. La inactividad en la tensión Ley-Administración. La obligación de actuar. Actuación administrativa y reserva de Ley. II. La actuación administrativa como encargo del legislador. III. La inactividad de la Administración desde el marco de las autovinculaciones administrativas. IV. La inactividad desde la reserva de Administración.—CAPÍTULO SEGUNDO. *La problemática del cumplimiento de la ley:* I. Consideraciones sobre la «implementación» de las leyes. II. Aproximación al cumplimiento de la ley o conducta administrativa activa. III. Ambitos sectoriales de investigación sobre la «implementación» de las leyes. IV. Instrumentos de cumplimiento de las normas como programa. V. Obstáculos que surgen en el cumplimiento de las normas. VI. Obligación constitucional del legislador de dictar normas ejecutables, y de mantener la realidad de las mismas en tanto dura su vigencia.—CAPÍTULO TERCERO. *La acción frente a la inactividad. La cuestión de los derechos subjetivos:* I. Problemática del derecho a exigir una conducta administrativa activa. II. El derecho al cumplimiento de la ley. III. Dificultad de defender la existencia de un derecho al cumplimiento de la ley. IV. Los derechos fundamentales como derechos subjetivos. V. Nuevas tendencias en la interpretación de los «derechos vulnerados» por los poderes públicos y las acciones ante la inactividad de la Administración. VI. ¿Existe en el ámbito del medio ambiente un derecho al cumplimiento de la ley?—CAPÍTULO CUARTO. *Inactividad y control jurisdiccional. El problema de la sustitución de omisiones administrativas:* I. Consideraciones generales sobre inactividad y jurisdicción contenciosa. II. Ambito e intensidad del control jurisdiccional de la inactividad. Límites de la acción por inactividad. III. Crisis de la jurisdicción contenciosa o fracaso legislativo. IV. La cuestión de las prospectivas. Responsabilidad administrativa de su determinación. Nuevas tendencias en la jurisdicción administrativa.—CAPÍTULO QUINTO. *Responsabilidad patrimonial por daños derivados de omisiones. Responsabilidad del Estado legislador por la «muerte de los bosques». El controvertido principio de causalidad:* I. Consideraciones generales. II. Carácter expropiatorio de las omisiones que impiden el ejercicio de derechos subjetivos. III. Dimensión individual y general de los intereses protegidos por la responsabilidad ante conductas lesivas o inactivas. IV. Aspectos jurídicos de la lesión por inactividad del Ejecutivo en el supuesto de bosques afectados por inmisiones contra el medio ambiente. La causalidad. V. Posición de la jurisprudencia constitucional y civil sobre la admisión de acciones de responsabilidad por omisión. VI. Inactividad y responsabilidad del Estado legislador.

(*) El presente trabajo fue realizado en la Universidad de Bielefeld (RFA) durante el verano de 1985, bajo la dirección del Profesor Doctor Dieter GRIMM, cuyas atenciones y consejos agradezco en grado sumo.

Para su elaboración me fue concedida una ayuda de investigación por el CIRIT (Generalidad de Cataluña).

INTRODUCCION

En numerosas ocasiones se ha dedicado nuestra doctrina a la problemática, tratamiento y control de toda forma de inactividad administrativa. La preocupación por que todos los actos de la Administración sean susceptibles de revisión por los Tribunales, o, a la inversa, la preocupación por que no exista manifestación de conducta administrativa exenta de control, ha sido denominador común y motivo de muchas aportaciones científicas.

La cuestión de la inactividad administrativa y su control ha sido analizada también desde otros puntos de vista, entre los que cabe resaltar el de las consecuencias jurídicas de aquélla, cuando la persistencia en la conducta inactiva lesiona derechos patrimoniales, bien se deriven de conductas formalmente inactivas o de conductas materialmente inactivas.

Lo cierto es que la ausencia de actividad rompe el núcleo del comportamiento administrativo de ejecución de la ley, posición irrenunciable por parte de la Administración, puesto que ésta debe generar la actividad de prestación-ejecución que la ley en todo momento le exige. Desde el enfoque del Estado de Derecho, la conducta sometida a la ley entraña no sólo sometimiento a la legalidad, sino también actuación externa conforme al orden previsto.

La actuación administrativa en el Estado asistencial, que crea, organiza y atiende sectores cada vez más ligados a la propia unidad mínima existencial del individuo, para la que la ley constituye el marco de despliegue de toda su conducta, es distinta de la actuación administrativa puramente de intervención, para la que la ley constituye la norma habilitante de la injerencia que ésta produzca en la conducta de los particulares. En la primera, la ley supone norma de comportamiento; en la segunda, presupuesto de decisión. Posiblemente, los factores que influyan en la inactividad y sus efectos serán distintos.

Pese a ello, no puede dejar de valorarse la relación ley-norma en el intento de estudiar el fenómeno de la inactividad, ni reducirse el estudio de ésta a la inactividad formal, ya que, en todo caso, ante la omisión de actuar deben arbitrarse los controles necesarios para mover a una decisión; si ello se produce en el marco de un procedimiento, o si se produce al margen de él, las vías de reacción que se adopten conducirán a su conocimiento por los Tribunales, con mayor o menor número de prolegómenos de ficción de actos en la vía administrativa.

Por todo lo anterior, queremos dirigir nuestra investigación hacia tres aspectos distintos que más ampliamente intenten revelarnos: primero, las causas del comportamiento inactivo; segundo, si la reacción del afectado por ella producirá los efectos pretendidos, procurándole una protección jurídica plena, y tercero, hasta dónde puede extenderse la imposición de la conducta administrativa que el Tribunal determine, y si es éste el único remedio jurídico para conminar a actuar.

Desde ahora advertiremos que es la propia ley la que provoca inac-

tividad en muchas ocasiones o, mejor dicho, la que impide la actuación administrativa correcta, bien porque su ejecución se plantea imposible o, simplemente, deficiente; que las acciones contenciosas protegen tan sólo a quien, perjudicado por la inactividad, logra hacerlo valer a través del tamiz de la legitimación procesal, planteándose con muchísimas reservas toda acción encaminada a la ejecución objetiva de lo señalado por la norma; que la revisión contenciosa no puede suplir —ni debería suplir— el contenido de la actividad administrativa, aun cuando ello pueda parecer menosprecio del dogma de la protección jurídica plena, y que ni los controles administrativos ni los parlamentarios de carácter político cubren la totalidad de las formas de inactividad producibles, ni pueden posteriormente controlar el contenido objetivo de la conducta positiva impuesta.

Desde un aspecto patológico, contemplando los efectos de la lesión que aquélla hubiera podido causar, tampoco la responsabilidad de los poderes públicos consigue reparar el daño, ya que, a la hora de establecer su causalidad, se habrá ésta esfumado entre un número diverso de concausas.

Para analizar lo expuesto, comenzaremos por la posición de la Administración respecto a la ley, el proceso de su «implementación» y posibilidades de formalizarse; a través de nuestra investigación llegaremos a la conclusión de que en la responsabilidad del legislador reside la clave de la inactividad administrativa, y de su voluntad depende la creación de normas ejecutables en su interpretación y en sus medios tanto jurídicos como económicos o técnicos; en suma, en su grado de perfección y ejecutabilidad. Pretender que a través de decisiones aisladas de los Tribunales, recaídas en procesos conformados cuando los particulares hacen valer los efectos lesivos de la inactividad, se proceda a controlar ésta y, si fuera preciso, se supla y se sustituya la conducta administrativa, es poco más o menos trasladar al tercer poder no ya el ejercicio de funciones ejecutivas, sino de creación del Derecho, y no precisamente por la vía de la aplicación de la ley.

La acción por inactividad —regulada en el artículo 75 de la Ley Jurisdiccional federal (VwGO)— resuelve sólo determinados supuestos concretos de inactividad, pero no facilita un pronunciamiento sobre su contenido. Es difícil llegar a demostrar que permita al juez una resolución que supla el contenido del acto, especialmente en la revisión de supuestos que entrañan aplicación de discrecionalidad, de conceptos jurídicos indeterminados o fijación de prospectivas. A nuestro sistema de transformar la inactividad material en inactividad formal a través del silencio administrativo pueden imputársele los mismos defectos.

Es nuestro propósito, a través del estudio del control de la inactividad de la Administración en la RFA, cuyo ordenamiento en parte sería trasladable, proceder al análisis de las causas y del control de las omisiones. El interés que ello reviste no debería extrañar cuando en el nuestro, por dos veces, se ha intentado introducir por vía legislativa, de manera expresa, el control de los actos junto con los de las omisiones, apelando en ambas ocasiones a la institución y suplencia por los

Tribunales de las conductas inactivas; la primera, con motivo de una enmienda formulada al artículo 98 del Anteproyecto de Constitución; la segunda, con motivo de la elaboración de la Ley Orgánica del Poder Judicial, concretamente en el artículo 36 de su Proyecto.

Desde el punto de vista que se enfoca este trabajo, como estudio del control de la inactividad de la Administración, hay que señalar, previamente, que no existe una clasificación unánime de las formas de inactividad aplicable a todos los supuestos en los que puede incurrir.

Si seguimos la clasificación seguida por A. NIETO (1), que distingue entre inactividad formal e inactividad material, se entiende, en el primero de los casos, «la pasividad de la Administración dentro de un procedimiento» o «la simple no contestación a una petición de los particulares»; mientras que el segundo de los casos, es decir, la inactividad material, incluye el simple concepto material de la omisión, del no hacer: «la pasividad de la Administración en el marco de sus competencias ordinarias».

Existen casos, como el propio autor pone de relieve, en que se dan ambos supuestos, y existen también otros en que se da la actividad formal seguida de una pasividad material que, de hecho, enerva e impide la existencia del procedimiento, aunque éste haya llegado a iniciarse.

Tal vez esta doble posibilidad lleva, recientemente, a FERRET JACAS (2) a señalar unas matizaciones a la postura iniciada por A. NIETO, distinguiendo la inactividad formal «como inexistencia de acto administrativo formal» y la inactividad material «como conducta materialmente omisiva de la Administración». Esta puntualización viene justificada porque «la Administración puede haber realizado una conducta materialmente activa, pero no contestar a las peticiones o reclamaciones del particular (inactividad formal). Y puede, sin embargo, seguir una conducta omisiva y, a requerimiento del particular, emitir un acto que la justifique (inactividad material)».

El binomio inactividad formal y material ha sugerido, por lo general, un tratamiento separado de ambas formas, unida la primera de ellas inevitablemente a la teoría del acto previo, a su revisión en vía contenciosa y al propio recurso contencioso-administrativo; aunque en ocasiones se ha procedido también a estudiar el control de la inactividad administrativa desde el punto de vista de la garantía jurisdiccional de los particulares, a propósito de los artículos 24 y 106 de la Constitución española (en adelante, CE).

Desde este prisma se plantea PAREJO ALFONSO (3) el tema de la inactividad como fenómeno de omisión opuesto al de la actividad, entrando en el análisis de su control, a través de las vías allí propuestas, bajo la

(1) A. NIETO, *La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo*, núm. 37 de esta REVISTA, 1962.

(2) J. FERRET JACAS, *El control jurisdiccional de la inactividad administrativa. Estudios sobre el Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial*, Barcelona, 1985.

(3) L. PAREJO ALFONSO, *La garantía jurisdiccional frente a la actividad administrativa; a propósito de los artículos 24 y 104 del Anteproyecto de Constitución*, núm. 89 de esta REVISTA, 1978.

meta de obtener una total garantía jurisdiccional de la actividad de la Administración y de sus omisiones, sin entrar en consideraciones sobre la clasificación de la inactividad ni partir de ellas para llegar a las conclusiones que se establecen.

Esta posición de partida, que no impide efectivamente que puedan observarse distintas formas de inactividad, aunque sea difícil que se den en forma pura y absolutamente distinguible, es la que mantendremos a lo largo de este trabajo, por dos razones distintas: la primera, porque a efectos de la perfecta garantía jurisdiccional y total sometimiento de los actos y omisiones de la Administración al control judicial es indiferente de cuál de las dos se trate; la segunda, porque si no efectuamos distinciones entre ambas clases de inactividad, podemos utilizar el concepto unívocamente para toda forma de inactividad originada por los poderes públicos.

Partiremos, pues, en esta investigación del fenómeno de la inactividad, de la omisión, siempre y cuando exista una obligación legal de actuar, independientemente de la jerarquía de la norma que la establezca, si la omisión reflectora del incumplimiento de la obligación da lugar a situaciones de inactividad o paralización tanto de actos concretos como de actos normativos.

La garantía jurisdiccional de los particulares frente a la actuación administrativa se representa como la consecución efectiva del sometimiento de la Administración a la ley. En la forma histórica que nos es conocida, los actos de la Administración son revisables en la vía jurisdiccional, cumpliendo con el mandato del Estado de Derecho. De esa manera se obtiene la protección de la libertad personal y política de los ciudadanos y, especialmente, la vinculación jurídica del ejercicio de todo poder público.

La idea garantizadora de los derechos y libertades como fin de la actuación administrativa sometida a la ley, controlada en todos sus ámbitos de poder por los Tribunales, ha cuajado poderosamente en el artículo 106.1 CE, en el que se ensamblan la actuación administrativa, su sometimiento a la legalidad, a los fines que justifican el ejercicio de las potestades públicas, su revisión y control por los Tribunales, de la siguiente forma:

«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.»

Es conocido, sin embargo, que en el artículo 104 del Anteproyecto de la Constitución el precepto anterior se concretaba de la manera siguiente:

«1. Toda actividad de la Administración Pública está sometida al control jurisdiccional»;

que, pasando posteriormente a convertirse en el artículo 98 del texto del Proyecto, vino a redactarse de la siguiente forma:

«1. 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.»

Este texto resultó ser el definitivo del artículo 106.1 CE, ya transcrito.

Es conveniente, no obstante, efectuar una puntualización en orden a la enmienda que se formuló al Anteproyecto de Constitución (4), y que proponía la sustitución del texto de la Ponencia por otro que consideramos necesario transcribir a efectos de este trabajo (5):

«1. Toda la actividad de la Administración Pública está sometida al control jurisdiccional plenario y efectivo.

2. Los Tribunales controlan la sumisión de la Administración a la Ley y al Derecho y el servicio a los fines que justifican su actuación, declaran las responsabilidades patrimoniales por las lesiones injustas que su actividad ocasiona a los ciudadanos, y suplen la omisión de actividad de la Administración cuando tal actividad es legalmente obligada.»

Como puede observarse, la referencia de la enmienda a suplir la omisión de actividad de la actuación administrativa, existiendo una obligación de actuar, es más expresiva que la referencia a «toda actividad» que se intentaba en el texto del Anteproyecto; técnicamente, desde el aspecto de la reducción de inmunidades, según señala PAREJO ALFONSO, la conexión del precepto mencionado y del artículo 24.1 CE podría cubrir, en efecto, una completa protección jurídica, *Rechtschutz*; el texto de la enmienda no pasó, sin embargo, como hemos visto, al Proyecto (art. 98), ni tampoco se recogió en éste la referencia a «toda la actividad administrativa» a que el Anteproyecto aludía.

La cuestión del control de la inactividad administrativa se ha centrado en la investigación de los poderes revisores de los Tribunales administrativos, que en ocasiones no dudaron en controlar aquélla, siempre que la inactividad formal se transformase en material a través de la técnica procesal del silencio administrativo (6); pero esta solución, que no puede acogerse ahora con independencia de los poderes del juez contencioso, fuerza a referirnos al impacto que la Ley Orgánica del Poder Judicial puede producir en la fijación de la extensión de la jurisdic-

(4) L. PAREJO ALFONSO, *op. cit.*, califica de «clara superioridad» la alternativa presentada por el Partido Socialista Obrero Español.

(5) El texto del Anteproyecto de Constitución fue publicado en el «Boletín Oficial de las Cortes» núm. 44, del 5 de enero de 1978; el 17 de abril se publica el texto definitivo de la Ponencia; la enmienda propugnada por el Partido Socialista Obrero Español se publicó, igualmente, el 5 de enero de 1978.

(6) Sobre el presente supuesto pueden verse A. NIETO, *op. cit.*; F. SAINZ MORENO, *Sobre el ruido y la policía de la tranquilidad*, «REDA», núm. 15; F. ROMERO HERNÁNDEZ, *La inactividad material de la Administración ante la infracción urbanística*, núm. 82 de esta REVISTA; E. COCA VITA, *Revisión jurisdiccional de la inactividad material de la Administración*, «REDA», núm. 17.

ción contenciosa y en la necesaria reforma de ésta, pues a través del seguimiento de la elaboración de la Ley, desde el Proyecto a la redacción definitiva, se observa una preocupación que podríamos calificar de similar a la que influyó en la redacción del texto definitivo del artículo 106.1 CE. Procedamos a un estudio por fases.

En el Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial (7), tras referirse los artículos 8 y 9 al control «de la actuación administrativa» y «a las pretensiones formuladas frente a la Administración Pública», se insertaba un precepto, el artículo 36, del siguiente tenor:

«En el orden contencioso-administrativo será competente, en todo caso, la jurisdicción española cuando la pretensión se refiera a actos u omisiones de las Administraciones Públicas.»

Sin insistir ahora en la imperfección técnica que suponía restringir en aquel momento el objeto de la jurisdicción contenciosa al ámbito de actuación de la Administración Pública (8), por lo que respecta al ámbito objetivo de los actos de la Administración, era clara la intención del redactor del Proyecto de emprender el camino —siquiera parcialmente— que recorrió ya con la enmienda que en su día formuló al artículo 98 del Anteproyecto de Constitución, en el que también se recogía el control de actos y omisiones de la Administración Pública, si bien de manera menos ambiciosa, ya que no recoge la extensión de los poderes del juez contencioso en orden a suplir la inactividad administrativa, tal como se contenía en la referida enmienda.

El informe de la Ponencia (9) recogió, por su parte, en el artículo 36, en forma similar, el contenido y la intención del Proyecto, quedando redactado de la siguiente manera:

«En el orden administrativo será competente, en todo caso, la jurisdicción española cuando la pretensión que se deduzca se refiera a disposiciones de carácter general, actos u omisiones de las Administraciones Públicas españolas. Asimismo, conocerá de las que se deduzcan en relación con actos de los Poderes Públicos españoles, de acuerdo con lo que dispongan las leyes.»

Salvada ya la imperfección técnica advertida anteriormente con la inclusión de los actos de los Poderes Públicos, puede resaltarse la mayor calidad alcanzada en la redacción, que incluye la actividad concreta y

(7) Publicado en el «Boletín Oficial del Congreso de los Diputados» de 19 de septiembre de 1984.

(8) La jurisdicción contenciosa conocía ya de las pretensiones formuladas contra determinados actos de órganos constitucionales (Consejo General del Poder Judicial, Tribunal Constitucional, Defensor del Pueblo, Congreso de los Diputados). Sobre ello puede verse GARRIDO FALLA, *Reflexiones sobre una reconstrucción de los límites formales del Derecho Administrativo español*, INAP, 1982.

(9) El informe de la Ponencia se publicó en el «BOC» de 23 de febrero de 1985.

las omisiones de la Administración, junto con la actividad reglamentaria o potestad normativa, como objeto de control por los Tribunales.

Así las cosas, el dictamen que formula la Comisión (10) introduce, sin embargo, elementos perturbadores en el texto hasta ahora contemplado, convirtiendo, además, el artículo 8 del texto del Proyecto, al que ya antes nos referimos, en una práctica transcripción del artículo 106.1 CE. Veamos cómo se transforma el artículo 36 de la Ley Orgánica del Poder Judicial:

«En el orden contencioso-administrativo será competente, en todo caso, la jurisdicción española cuando la pretensión que se deduzca se refiera a disposiciones de carácter general, actos expresos o tácitos de las Administraciones españolas. Asimismo, conocerá de las que se deduzcan en relación con actos de los Poderes Públicos españoles de acuerdo con lo que dispongan las leyes.»

Serías dudas se plantean acerca del alcance del término «tácito». En la elaboración de la norma se había mantenido hasta ahora, por lo que al artículo 36 se refiere, una cierta coherencia al distinguir entre actos y omisiones. La aparición del acto tácito en el texto, como contraposición al acto expreso, deja un tanto perplejo, por cuanto el acto tácito es una variedad oponible al expreso y al presunto, que significa (11) ausencia de expresión de la voluntad administrativa, deducible, sin embargo, el resultado de su contenido de otras actuaciones posteriores de la Administración; mientras que la omisión supone ausencia de actividad a la que no es susceptible de atribuírsele un contenido. Por otra parte, el acto tácito puede tener un contenido positivo o negativo deducible de la posterior conducta administrativa, mientras que a la omisión no puede atribuírsele contenido alguno, salvo el de su transformación formal en negativo a través de la utilización de la técnica del silencio administrativo.

La brecha que queda abierta tras la introducción del acto tácito supone el inicio de una actitud regresiva, que irremediamente acabará eliminando la alusión al control de las omisiones de la Administración del texto de la Ley.

En efecto, cuando se publica el texto aprobado en el Pleno del Congreso (12), su redacción es como sigue:

«En el orden contencioso-administrativo será competente, en todo caso, la jurisdicción española cuando la pretensión que se deduzca se refiera a disposiciones de carácter general o *actos* de las Administraciones Públicas españolas. Asimismo, conocerá de las que se deduzcan en relación con actos de los Poderes Públicos españoles, de acuerdo con lo que dispongan las leyes.»

(10) El dictamen de la Comisión se publica en el «BOC» de 20 de marzo de 1985.

(11) R. ENTRENA CUESTA, *Curso de Derecho Administrativo*, Tecnos, vol. I, 1984.

(12) «Boletín Oficial de las Cortes» de 8 de abril de 1985.

Texto que no sufre modificación en el Senado y que se refleja en el artículo 24 del citado cuerpo legal.

Será tarea, pues, de la reforma esperada de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa regular la revisión de la omisión o inactividad administrativa, si no se quiere permanecer en las incógnitas que vuelven a surgir sobre su pleno control, que, por cierto, parecen próximas a despejarse, ya que en el Anteproyecto de la Ley reguladora del proceso contencioso-administrativo elaborado por el Ministerio de Justicia se contempla la admisión del citado recurso «contra la inactividad material de la Administración, o la utilización por ésta de la vía de hecho» (art. 31).

CAPITULO PRIMERO

LEY Y ADMINISTRACIÓN. LA ACTUACIÓN COMO MANDATO

I. *La inactividad en la tensión Ley-Administración. La obligación de actuar. Actuación administrativa y reserva de ley*

Para analizar la actitud omisiva de la Administración desde la perspectiva de su licitud es preciso partir del papel que hoy en día asume la Administración Pública. Bajo el postulado del Estado social y democrático de Derecho proclamado en el artículo 1 de nuestra Constitución y en el artículo 20.1 de la Ley Fundamental de Bonn (en adelante, GG), como «Estado federal democrático y social», hemos de contemplar a la Administración como manifestación de los poderes del Estado en correspondencia con el papel asistencial, activo, interventor y democrático que asume como Estado social de Derecho.

El Estado del *Daseinvsorge*, definido por FORSTHOFF en temprana llamada de atención, cumple sus fines a través de una Administración prestacional que asume la intervención en todos los sectores de la sociedad, legitimada constitucionalmente; el *Leistungstaat* viene caracterizado especialmente por su aspecto positivo, posición de intervención y papel eminentemente prestacional. En correspondencia con sus fines, a través de una *Leistungsverwaltung*, administra, planifica, dirige y subvenciona (13). El principio del *Daseinvsorge* como progreso, actividad y desarrollo goza hoy en día de una dimensión constitucional. El ejercicio de los actos de autoridad ha dado paso a la participación, a la cooperación y a la intervención del individuo en la toma de decisiones.

La correspondencia entre la Administración, prestadora cada vez de mayor número de servicios, con el individuo, cooperador en las propias tareas de administrar, se ha ido conformando, sin embargo, a través de un Derecho Administrativo fruto de una forma de Estado liberal radicalmente distinta que, según tendremos ocasión de analizar, impide en ocasiones que el individuo a quien van dirigidos, teóricamente, todos

(13) S. BÖRNER, *Staatsmacht und Wirtschaftsfreiheit*, 1970, pág. 29.

los esfuerzos y resultados de la actividad interventora pueda exigir fácilmente el cumplimiento del mandato legal de actuar, si no posee la legitimación correspondiente.

Esta tensión resulta mucho más elevada si se tienen en cuenta los numerosos preceptos constitucionales que dibujan la actitud de la Administración interventora, contenidos algunos de ellos, precisamente, entre los que cabe destacar los derechos y deberes fundamentales (14), entre los que cabe destacar el artículo 24.1 CE, garante de tutela efectiva plena, que, junto al 106.1 CE, cierra el cuadro de garantías frente a la actividad de la Administración.

¿Qué actitud cabe frente a la Administración como encarnación de las prestaciones del Estado, que debe actuar conforme a una legislación que obedece a principios de un Estado asistencial indicativo de una nueva relación entre el ciudadano y el Estado y entre el legislativo y el ejecutivo? (15). ¿Hasta qué punto le es exigible el cumplimiento de los fines estatales, el ejercicio de las potestades y competencias atribuidas; en suma, la actuación? Tras de estas cuestiones subyace el eterno problema de la legitimación para acudir a la jurisdicción contenciosa en revisión de los actos administrativos, aún hoy ligada a los derechos subjetivos y a los intereses directos, legítimos e individualizados. Es preciso analizar desde todos los puntos de vista la relación Ley-Administración, en el contexto del derecho del individuo a exigir el cumplimiento de aquélla cuando existe una conducta omisiva y el derecho —si es que puede llegar a hablarse con firmeza de él— a pretender la revisión de la inactividad ante los Tribunales (16).

El estudio del principio de legalidad se planteó desde un doble punto de vista: la Administración no debe adoptar medida alguna que contradiga la ley, y puede actuar sólo cuando esté expresamente habilitada por ésta; toda inmisión en la libertad y propiedad del individuo debía de estar habilitada por una ley; solamente la ley podía cumplir con la

(14) Los artículos 1.1, 9.2, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 27, 28, 29, 31 y 33.2 CE, los preceptos que constituyen los principios rectores de la política social y económica, y los artículos 128, 129, 130, 131, 133, 134, 137 y concordantes 138, 156 y 158 CE.

(15) P. HÄBERLE, en su trabajo *Grundrechte im Leistungsstaat*, VVDStRL, núm. 30, 1977, pág. 47, habla de un *Leistungsrecht* que intenta ser la conciliación de las tendencias favorables a la ampliación de la reserva de ley y la afirmación de la continuidad del Ejecutivo. Sobre la base de que con leyes de carácter asistencial, inmediatamente dirigidas a la eficiencia, dispone el Ejecutivo de una mayor capacidad de concreción sobre las formas de actuar que con las leyes propiamente de intervención. A la vez distingue los preceptos de la *Grundgesetz* en que se concreta el *Leistungsprinzip* (pág. 46): artículos 3, 7 IV 3 ó 4, 14 II, 20 I (Principio del Estado social y democrático), 28 II, 29 I, 33 II ó V, 104 a, 109, 110, 111 I a y c, 74 19 a, y 91 a y b.

(16) A este respecto, D. GRIMM, «Die Aufgabenverteilung zwischen Justiz und Verwaltung bei der Genehmigung Kerntechnischer Anlagen», en el volumen *Richterliches Handeln und technischer Risiko*, Nomos, 1982, donde se critica la garantía de la jurisdicción contenciosa conseguida al amparo del Estado liberal; lo que se pone de relieve a propósito de su actual inadecuación para el enjuiciamiento de cuestiones técnicas, problemas de seguridad, etc., con motivo, en este caso, de la instalación de centrales nucleares.

función de limitar los derechos de los ciudadanos a la vez que obligar a la Administración a adoptar las garantías necesarias en su conducta frente a ellos (17). Libres de estos límites permanecían las llamadas relaciones especiales de sujeción, consideradas como categoría constitucional, a las que no era aplicable el principio de legalidad de la Administración ni se hacían valer los derechos fundamentales (18), cuya expresión se consideraba prácticamente fuera del control judicial, aun cuando hoy esta categoría, como veremos, esté prácticamente superada (19).

La discusión, ya antigua (20), sobre si en el contexto de la *Leistungsverwaltung* el principio de reserva de ley deja lugar a un ámbito de poder de decisión administrativo libre de la ley, *Gesetzesfrei*, o, por el contrario, debe estar vinculado a ella especialmente en el ejercicio de sus potestades normativas (21), podría concretarse ahora en que no cabe pensar en ámbitos de poder normativo de la Administración independientes de la ley, pero sí en sectores de actuación en donde ésta se mueve sin fundamento legal expreso.

Que la reserva de ley despliega toda su fuerza en el campo de los derechos fundamentales es cuestión que queda fuera de duda (22); la cuestión de si la actividad administrativa, sin excepción, y aún más la normativa, está sometida a la ley la resolvió ya RUPP afirmando que todas las relaciones externas Administración-ciudadano, incluso las que conciernen al derecho de la organización, deben estar amparadas por la ley, puesto que sólo de ella nacen los derechos objetivos. Toda norma administrativa que no sea dictada por causa de una ley, o con la debida habilitación legal, ha de considerarse nula y carente de efectos, y el ámbito de decisión de que la Administración goza, también en los actos concretos, ha de ser contemplado no como poder independiente de ésta en orden a dictar normas reglamentarias o no, sino simplemente como

(17) H. RUPP, *Grundfragen der heutigen Verwaltungslehre*, 1965, pág. 115; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 1984, págs. 411 y ss.

(18) H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4.ª ed., 1985, Beck-Munich, pág. 78, señala que, en el campo de la administración interna, las relaciones especiales de poder eran reguladas por la propia Administración pese a la reserva de ley.

(19) M. RONELLENFITSCH, *Das besondere Gewaltverhältnis ein zu früh totgesagtes Rechtsinstitut*, DöV, 1981, pág. 395. Aunque en las últimas décadas el esfuerzo de la jurisdicción contenciosa por proceder a su control había ya reducido el ámbito de las mismas, incluyendo su aplicación bajo la protección de los artículos 19 GG y 40 VwGO. Puede verse también W. SCHMIDT, *Die Verwaltungsgerichtsbarkeit an den Grenzen des Verwaltungsrechtsschutzes*, NJW, 1978, pág. 1772.

(20) Con frecuencia se ha criticado la aplicación de la dogmática de la reserva de ley a la Administración del *Leistungsstaat*, por considerar que se trata de una concepción ligada a los principios de la época monárquica destinada a limitar los poderes ejecutivos de éste en su actuación *praeter legem*; así, GNEIST, en *Verwaltung, Justiz, Rechtsweg*, 1869, pág. 74, señala: «cada actuación en un sector concreto de nuestro Derecho administrativo, precisa el reconocimiento de que el Reglamento no debe representar nunca el lugar de la ley, allí donde ésta falta... El derecho del Monarca a dictar Reglamentos es válido vinculado a la voluntad del Estado, *praeter legem*, en los ámbitos necesitados de normación en que no se ha producido un acto del legislativo».

(21) H. RUPP, *op. cit.*, pág. 113.

(22) H. RUPP, *op. cit.*, pág. 116.

ejercicio de la voluntad administrativa no vinculada a la ley. Frente a esta tesis, otro sector doctrinal se negó a desconocer la naturaleza independiente de dicha potestad (23), alegando que el poder ejecutivo no es ya patrimonio del monarca y no hay por qué contemplarlo como subordinado del legislativo, puesto que está amparado por la legitimación democrática.

Una aplicación literal del principio de reserva de ley a todas las actuaciones de la Administración podría dar lugar a una sobrecarga del legislativo y a la consiguiente paralización del ejecutivo; como señaló JESCH (24), siempre sería mejor el estricto cumplimiento de las tareas administrativas sin ley que una función de cierre por no estar ésta habilitada por norma alguna, razón por la que trató de buscar habilitación legal, incluso para las normas internas de organización, en determinaciones del legislativo como son las propias normas presupuestarias.

El propio legislador induce en ocasiones a la pasividad administrativa, cuando precisamente la reserva de ley debería provocar una respuesta positiva en el actuar de la Administración; la habilitación legal debe dar paso necesariamente a un cumplimiento estricto y responsable de los dictados legislativos, fundado no en el rango jerárquico preferente de la ley, sino con base en la responsabilidad política y técnica de las decisiones de aquél (25). Pero ¿otorga esa función de cumplimiento un poder independiente y constitutivo de decisión? La respuesta a esa pregunta la posee el legislador, la mayor parte de las veces, y depende, en muchas ocasiones, del grado de concreción y determinación de que éste haga uso, aun cuando no puede desconocerse la recíproca influencia que legislador-Administración se ejercen entre sí hoy en día, ya que si bien la Administración recibe el mandato de actuar positivamente y de atender la voluntad del legislador, éste se ve influido también poderosamente por la iniciativa en la proposición de leyes que el ejecutivo fundamentalmente ejercita. (De ello cabría deducir indirectamente también, que una buena parte de responsabilidad en la actuación o pasividad de la Administración corresponde al propio ejecutivo.)

El fundamento tradicional de la reserva de ley, representado por la garantía frente a la inmisión en el ámbito de la libertad y propiedad del individuo, ha sido superado en fechas no recientes y sustituido por el de garantía frente a la lesión, *Beeinträchtigung*, a los derechos fundamentales. Toda lesión o perjuicio para los derechos fundamentales evidencia la exigencia de una legislación sustancial, cuyas condiciones esenciales debe decidir las el propio legislador, *Wesentlichkeitstheorie* (26).

(23) M. BULLINGER, *Vertrag und Verwaltungsakt: zu dem Handlungsformen und Handlungsprinzipien der öffentlichen Verwaltung nach deutschem und englischem Recht*, Stuttgart, Kohlhammer, 1962, pág. 93.

(24) D. JESCH, *Gesetz und Verwaltung*, Tübingen, 1981, pág. 234.

(25) R. HERZOG, *Gesetzgeber und Verwaltung*, VVDStRL, núm. 24, 1966, pág. 183.

(26) El Tribunal Constitucional federal formuló la teoría de la *Wesentlichkeit* en la sentencia de 9 de mayo de 1972 (33, 157, Strafvollzugsbeschluss) y en la de 18 de julio de 1972 (33, 304, 345, Numerus-Clausus-Urteil), y aplicó expresamente el criterio en las de 6 de diciembre de 1972 (34, 165, 192, Hessischen Förderstufe), 27 de

Desde sus comienzos se presentó problemática dicha posición jurisprudencial, porque lo esencial para las condiciones de ejercicio de un derecho es algo indeterminado para cuya concreción puede llegarse, según RONELLENFITSCH, a una constante intervención del Tribunal Constitucional (27); y, por otra parte, el desarrollo del criterio de la esencialidad comporta la dinámica siguiente: «cuanto más esencialmente afecta una cuestión a los derechos fundamentales, tanto más intensamente debe ser regulada ésta por el legislador», no siendo relevante a los efectos de la nueva conformación de la reserva de ley si se trata o no de relaciones especiales de sujeción. Todo lo que sea esencial para los derechos fundamentales debe ser regulado por ley, independientemente de que el ejercicio de tales derechos se encuentre inmerso en una relación especial administrativa. Como puede comprobarse, la teoría de la esencialidad ha sido en parte recibida en el artículo 53.1 de nuestra Constitución.

Si a ello se añade que debe ser el propio legislador quien ha de decidir cuán esencialmente afecta la materia a los derechos fundamentales, tal decisión implica necesariamente el recurso a los conceptos jurídicos indeterminados, y la aparición de los conceptos jurídicos indeterminados puede desequilibrar la distribución de poderes del Estado; tratándose de derechos fundamentales, otorgaría al ejecutivo un papel que constitucionalmente no posee (28).

Por estas razones, el mismo Tribunal Constitucional federal matizó su postura en la *Kalkar-Beschluss* (29), volviendo a criterios sostenidos en épocas anteriores, en el sentido de que el grado de determinación de las leyes que la Constitución exige no puede ser referido a algo genérico, que dependa de la materia que se regula, sino de la intensidad de la «inmisión en los derechos fundamentales». MAURER (30) define la teoría de la «esencialidad» como fórmula de ajuste: cuanto más esencial sea para la colectividad o para el individuo una determinada cuestión, se requiere una intervención legislativa de mayor rigor; lo que es trasladable respecto de la intensidad de la regulación, en el sentido de que cuanto más intensamente afectados resulten los derechos fundamentales del individuo, cuanto más trascendentales sean las repercusiones para la comunidad y más compleja e intrincada socialmente sea la cuestión,

enero de 1976 (41, 251, 259, Speyerkolleg) y 22 de junio de 1977 (45, 400, 417, Neuordnung der gymnasialen Oberstufe in Hessen).

(27) M. RONELLENFITSCH advierte que tal criterio puede llegar a atribuir una competencia de hecho al Tribunal Constitucional federal, en *Das atomrechtliche Genehmigungsverfahren*, 1983, pág. 156.

(28) Sobre el papel de los conceptos jurídicos indeterminados en la doctrina y en la jurisprudencia, como delimitadores de las funciones de los órganos del Estado, puede verse D. GRIMM, *op. cit.*, en nota 16.

(29) Como consecuencia de la sentencia del OVG. NW de 18 de agosto de 1977 (publicada en *DöV*, 1977, pág. 854), que declaró nula la autorización de la instalación nuclear Kalkar aplicando el artículo 7 de la AtG, que posteriormente fue declarado constitucional por el B Verf. GE en sentencia de 8 de agosto de 1978 (49, 89). La existencia de conceptos jurídicos indeterminados en una ley que afecta derechos fundamentales, según sostenía el Tribunal administrativo, infringe el principio de legalidad y el de determinación de las leyes.

(30) H. MAURER, *op. cit.*, pág. 79.

tanto más precisa y estricta debe ser la regulación. El recurso a los conceptos jurídicos indeterminados es, sin embargo, compatible con el principio del Estado de Derecho. Según el Alto Tribunal, los conceptos jurídicos indeterminados no infringen la *Grundgesetz* si la materia en razón de su complejidad o dinámica no permite un precepto legal concreto, o si resultase aconsejable como objetivo final para la protección jurídica de bienes y personas (31). Posición que es contestada, entre otros, por M. RONELLENFITSCH, arguyendo que si el legislador es quien debe determinar el grado de relevancia de la medida frente a la protección de los derechos fundamentales, no puede recurrir a los conceptos jurídicos indeterminados (32), so pena de alterar el principio de división de poderes.

Volviendo, pues, al papel de cláusula general que la reserva de ley juega para con los derechos fundamentales, que pueden ser limitados sólo a través o por causa de una ley, la sustitución definitiva del concepto de injerencia en la libertad o en la propiedad como límite negativo, tiene un valor extraordinario que marca profundamente la dimensión positiva de los derechos, pues del concepto negativo del límite se pasa al concepto positivo de la actuación; en el *Leistungstaft*, el deber del legislador es promover y desarrollar los derechos fundamentales, facilitando esferas positivas de actuación a los individuos. W. KREBS pone de relieve que los derechos fundamentales aparecen como *Gemeinwohlsgüter* integrantes del bienestar colectivo (33), que inducen precisamente a la actividad positiva estatal, a legislar y actuar, y se transforman en mandato positivo de realización de los propios derechos fundamentales. Por su parte, W. SCHMIDT explica la transformación de la reserva de los derechos fundamentales como un «impulso positivo de desarrollo de las posibilidades que están contenidas en la garantía de éstos» (34), y el Tribunal Constitucional federal (*Numerus-Clausus-Urtel*) (35) se plantea abiertamente «que en el Estado de Derecho, los principios de reserva de ley y de legalidad de la actuación estatal no tienen igual valor que en la *Eingriffverwaltung*», y confirma en otro momento «que existe un fundamento legal exigible, por el que la intervención en las prestaciones estatales es condición necesaria para la realización positiva de los derechos fundamentales» (36).

De lo anterior no debe deducirse, sin embargo, una restricción del

(31) Ese supuesto se dio en la *Kalkar-Beschluss* (49, 89, 133) porque, según el Tribunal, las técnicas de seguridad en el sector de la energía atómica pueden ser comprobadas a través de una constante verificación de circunstancias y aplicación de avances técnicos en sistemas de seguridad, que otorguen una protección jurídica más perfecta que la que se consigue a través de los requisitos estáticos de seguridad que una ley puede llegar a exigir. Según el propio Tribunal, el artículo 7 de la AtG dará lugar, en el futuro, a una protección de los derechos fundamentales de carácter dinámico.

(32) M. RONELLENFITSCH, *Das besondere Gewaltverhältnis im Verwaltungsrecht*, DöV, 1984, pág. 781.

(33) W. KREBS, *Vorbehalt des Gesetzes und Grundrechte*, 1975, págs. 69 y ss.

(34) W. SCHMIDT, *Der Verfassungsvorbehalt der Grundrechte*, AÖR, 1981, pág. 497.

(35) B Verf. GE, 33, 303, pág. 307.

(36) B Verf. GE, 8, 155, 167.

ámbito de la reserva de ley, producido por las circunstancias especiales de la *Leistungsverwaltung* y de la teoría de la esencialidad. La posición doctrinal es justamente la contraria. Se percibe un reforzamiento y extensión de la reserva de ley (37) con base a que, según la teoría de la esencialidad, es el Parlamento quien debe por él mismo determinar qué es lo esencial en relación con los derechos fundamentales; lo que no lo sea, permite la entrada a las disposiciones del ejecutivo. El requisito de la decisión del legislativo va a provocar una excesiva asunción de materias que, tal vez, no serían de estricta reserva de ley. Los auspicios para una ampliación de la reserva de ley se confirman, y la inflación legislativa de leyes, hasta cierto punto reglamentistas, puede contemplarse, en palabras de H. NEF, como enfermedad, o como seria crisis (38).

La inclusión de las superadas relaciones especiales de sujeción dentro de la reserva de ley, a partir de la decisión del Tribunal Constitucional federal (B Verf. GE, 33, 1) en la conocida *Strafvollzug-Beschluss*, significa que el ejercicio de los derechos fundamentales, incluso en las relaciones especiales de poder, puede ser limitado sólo por ley, y que el ejecutivo no posee poder originario en este tipo de relaciones; y, por último, que cualquier medida que dentro de estas relaciones se adopte es protegible si provoca lesión de derechos (39).

II. *La actuación administrativa contemplada como encargo del legislador*

Situados en el plano de la relación Ley-Administración en los sistemas democráticos, debería partirse del hecho de que no cabe hablar de una fundada «reserva de Administración», al menos, para las relaciones Estado-individuo. La independencia del ejecutivo puede predicarse en tanto que cumple el papel de colaborar con el legislativo en las decisiones estatales, adoptando la Administración las posturas de dirección, planificación, actuación e intervención en todos los sectores de la vida social y económica. En el núcleo de la cuestión quedaría aún por resolver la relación de la Administración con las funciones del Estado, especialmente las tendencias a considerar la reserva de ley como necesaria para cada una de las actuaciones administrativas, equiparando, como hemos visto, los términos actuación administrativa-cumplimiento de la ley. Según esto último, la ley significaría límite, más que habilitación, para la Administración (40).

Profundizando en el papel del legislador en la determinación de los fines estatales, y en el de la Administración en cuanto a la realización de la ley como cumplimiento del encargo, *Auftrag*, efectuado por el legislador, puede observarse a la Administración como conformadora del

(37) C. E. EBERLE, *Gesetzesvorbehalt und Parlamentsvorbehalt*, DöV, 1984, pág. 485.

(38) H. NEF, «Die Flut der Gesetze», *Festschrift für K. Eichenberger*, Helbing/Lichtenhalm, 1982, pág. 559.

(39) M. RONELLENFITSCH, *Das besondere...*, op. cit., pág. 938.

(40) U. SCHEUNER, *Das Gesetz als Auftrag der Verwaltung*, DöV, 1969, pág. 587.

mandato legal que, en su ámbito, debe completar, y no solamente ejecutar, las prescripciones legislativas. Si bien la reducción de la reserva de ley en la esfera individual tan sólo a los derechos fundamentales plantea inconvenientes (41), resultando preciso conformar su dogmática con la Administración de hoy en día bajo los principios democráticos, y especialmente bajo el prisma de la división de poderes, la pretensión de cobijar bajo la reserva de ley la múltiple actividad administrativa ha sido frecuentemente criticada por ilusoria, pues en el campo de la planificación, programación y en el de los grandes servicios públicos puede contemplarse cómo la reserva de ley configura la actividad administrativa tan sólo en fin, en ejecución y cumplimiento. Como destacaba SCHEUNER (42), no se trata de actividad prescindiendo de la ley, sino de armónica eficacia en todas las tareas de la Administración. Esta actuación conformadora mixta del legislador y de la Administración queda fuera del concepto de actividad discrecional y del concepto jurídico indeterminado.

La ley significa, para este autor, habilitación, límite y, antes que nada, encargo, *Auftrag*. Como habilitación en el marco de la reserva de ley, ofrece a la Administración el fundamento de toda su actuación; como límite, marca el rango superior de la ley, *Vorrang*, significando que aquélla no tiene poder alguno independiente, sino que debe seguir las líneas direccionales que se le marcan, con atención absoluta al desarrollo de los derechos fundamentales; como encargo, la ley encomienda a la Administración que haga realidad las determinaciones contenidas en ella. La relación básica que se establece entre ley y Administración se funda en la dependencia del cumplimiento del encargo. La vinculación a la ley, exteriorizada por el cumplimiento de su mandato, va acompañada, además, de la obligación de perseguir los intereses generales, lo que en ocasiones es difícil de precisar sin descender al caso concreto. Las líneas de actuación que con el encargo recibe la Administración deben ser también las que guíen el ejercicio de su actividad discrecional, y la separación de ellas es controlable como actuación arbitraria; aunque también pueden darse leyes que establezcan un encargo directo, limitado, pero completable por la Administración.

Contemplada la actuación administrativa como encargo legislativo, bajo la actitud conformadora y complementaria de la ley, es posible argumentar que la inactividad administrativa, existiendo mandato positivo de actuar, resulta ilegal. Es cuestionable si para pretender la actuación positiva, dada la actitud complementadora de la conducta administrativa, el derecho a exigir su cumplimiento surgiría simplemente de la ley, y no de la actuación administrativa que la complete. La garantía jurisdiccional frente a la actuación administrativa debe llevarnos a pensar lo primero, puesto que la conducta administrativa inactiva sería doblemente ilícita, ya que no sólo no cumple con la ejecución del man-

(41) K. VOGEL, *Gesetzesvorbehalt. Gegen Beibehaltung des Begriffs*, VVDStRL, núm. 24, pág. 147. En 1966 propugnaba aplicar el principio de la reserva de ley a los derechos fundamentales exclusivamente.

(42) U. SCHEUNER, *op. cit.*, pág. 591.

dato legal, sino que, además, no pasa siquiera a completar aquel sector por la ley permitido —a la vez que obligado— en cuanto a su ejecución. Difícil será, no obstante, localizar el nacimiento del derecho a exigir el cumplimiento de normas no conformadas por entero, puesto que, en la tesis de RUPP (43), estos derechos surgen cuando el ordenamiento reconoce ventajas individualizadas, no generales, y podría suceder que la Administración ejecutase una buena parte del encargo a través del ejercicio de la potestad reglamentaria, pero que no pasase luego a la actividad concreta, con lo que la adopción de la medida reglamentaria junto con la norma serían título suficiente como para constituir derechos subjetivos a la actuación.

La calificación de ley como encargo a la Administración podría otorgarse, en principio, a las leyes presupuestarias, que combinan la habilitación legislativa con el encargo de su ejecución, a completar, en determinados casos, por la Administración (caso de las subvenciones). Pero no existe una postura uniforme hacia la habilitación como «encargo» de las leyes presupuestarias, por cuanto éstas no descienden al detalle de la actuación administrativa, sino que dibujan las cifras finales del ámbito concreto a que se refieren. Como ley, no posee la ley presupuestaria efectos externos; el legislador, a través de ella, no cumple con el mandato constitucional de la reserva de ley, y menos aún en aquellas materias que afecten a derechos fundamentales (44).

Su carácter de norma interna estatal (45) impide la posibilidad de determinaciones jurídicas que fundamenten la actuación administrativa, por sí sola, en las leyes presupuestarias. Puede decirse que las leyes presupuestarias permanecen en el ámbito de los controles internos de la Administración (46), a los que en escasas ocasiones se les otorga importancia, preocupada siempre la doctrina por el control jurídico, bien a través del legislador, bien a través de la jurisdicción contenciosa. Aunque es cierto, como en alguna ocasión se ha señalado, que los controles externos e internos de la Administración se influyen recíprocamente y tienen efectos unos sobre otros (47).

Es dudoso el papel que puede efectuar una ley presupuestaria a los efectos de la actuación administrativa, allí donde faltase una ley que expresamente determine la conducta de ésta (48), aunque no pueden ne-

(43) H. RUPP, *Grundfragen...*, op. cit., pág. 272.

(44) H. BAUER, en *Der Gesetzesvorbehalt im Subventionsrecht*, DöV, 1983, pág. 59, señala que, trasladando los principios de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el *Numerus-Clausus* para los estudios de medicina (B Verf. GE, 33, 303, pág. 307) al otorgamiento de subvenciones, quede éste sometido al principio de reserva de ley, que deberá precisar, además, los fines de la intervención, los fundamentos de la decisión, las condiciones del subvencionado y la cuantía de las mismas.

(45) MÜSSGUNG, *Der Haushaltsplan als Gesetz*, 1976, págs. 7 y ss. y 157 y ss.

(46) Los controles de la Administración se clasifican por W. THIEME en: a) controles de Derecho; b) controles presupuestarios; c) controles políticos, en *Binnen-und Aussenkontrolle der Verwaltung in ihrer gegenseitigen Beziehung*, Verw. Archv., 1983, pág. 307.

(47) La cuestión se formuló por Renate MAYNTZ en «Probleme der inneren Kontrolle der planenden Verwaltung», en *Planungsorganisation*, 1973, pág. 98.

(48) En sentencia 38, 121, pág. 125, del B Verf. GE se ha reconocido el efecto

garse los efectos externos de este tipo de leyes, con vistas a la dirección de la Administración Pública y al manejo de su conducta.

III. *La inactividad de la Administración desde el marco de las autovinculaciones administrativas*

El instituto de las autovinculaciones administrativas, *Selbstbindungen*, surge dogmáticamente en los momentos en que la doctrina tomaba conciencia de una Administración Pública a la que empezaban a no poder aplicarse los términos del Derecho Administrativo de corte liberal; la adecuación al principio de igualdad en praxis y normas justificaron su nacimiento (49). Cuando puede actuar discrecionalmente, la Administración debe atenerse a principios consecuentes, que garanticen la igualdad de los ciudadanos, evitando así la actuación arbitraria. Utilizado en plural, para indicar expresamente una pluralidad de relaciones en las que la Administración se autovincula, para diferenciarlo del resto de vinculaciones, *Bindung*, a las que la Administración ya se somete en otras ocasiones, el concepto viene definido más por la finalidad que persigue que por el contenido jurídico que le configura (50). Ello no obstante, puede determinarse que es «la consecuencia más trascendental de la validez del principio de igualdad en el ámbito de la actividad discrecional», según DÜRIG (51); supone la limitación negativa de la discrecionalidad: prohibición de actuar arbitrariamente.

Pese a las anteriores definiciones, no puede ignorarse que, hoy en día, el concepto *Selbstbindungen* y las actitudes que genera han traspasado el ámbito de la discrecionalidad, siendo acogido éste con mayor frecuencia por la propia ley, en materias como subvenciones, relaciones de sujeción especial (instituciones, relación de empleo público) y, especialmente, en el ámbito administrativo de apreciación o enjuiciamiento, *Beurteilungsspielraum*.

En las actuaciones administrativas vinculadas y dependientes de la ley, la autovinculación ejerce función de complemento, allí donde la Administración completa la voluntad del legislador, concreta o aclara sus fines. La igualdad ante la ley se completa por la igualdad en su ejecución, en orden a la cual la Administración puede autovincularse en

externo de la Ley presupuestaria para el otorgamiento de subvenciones, al menos allí donde falta una ley administrativa especial.

(49) MERTENS, *Die Selbstbindung der Verwaltung auf Grund des Gleichheitssatzes*, 1963; F. OSSENBÜHL, *Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz*, BH, 1968; W. SCHMIDT, *Gesetzesvollziehung durch Rechtsetzung*, 1969; WALLERATH, *Die Selbstbindung der Verwaltung*, DuH, 1968; DÜRIG, en MAUNZ/DÜRIG/HERZOG/SCHOLZ, art. 3 I Rdnzn, pág. 414, *Grundgesetz Kommentar*.

(50) F. OSSENBÜHL, en *Selbstbindungen der Verwaltung*, DV Bl, 1981, renuncia a dar una definición del concepto, con base a que «no tiene mayor sentido pretender definir el concepto cuando no se ha hecho legalmente, por lo que cabe determinarlo a base de delimitarlo de los otros términos afines».

(51) *Op. cit.*, pág. 428.

diversas formas, siendo las más frecuentes la programación, la cooperación (52) y la definición de intenciones.

Como sistema de programación, representa la función de completar —en determinados casos, de sustituir— los programas de actuación administrativa establecidos por el legislador. En el fondo de la cuestión, se trata de obligar a la Administración —de autoobligarse— a cumplir frente a los ciudadanos con principios y direcciones de actuación conformes a igualdad, Estado de Derecho y garantía de su protección jurídica, por lo que puede decirse que, además de gozar de un rango constitucional (53), justifica decisiones administrativas que dentro del respectivo ámbito sirven posteriormente de modelo de actuación y medida de apreciación para las venideras.

La manifestación más habitual de esta forma de autovinculación viene representada por las disposiciones administrativas, que cobran especial importancia en la relación Estado-ciudadano y que, en cuanto producen efectos externos, habrán de estar sometidas a los principios de jerarquía y de reserva de ley. Esta función complementaria supone que la Administración dicta reglas de actuación en aquellos casos en que la ley prevé un ámbito propio de actuación y comportamiento administrativo, que debe implicar necesariamente, según SCHEUING, realización y ejecución de conceptos jurídicos indeterminados; el efecto externo de tales disposiciones administrativas viene legitimado a través del encargo y de la obligación constitucional de cumplir con la actuación programada (54).

La segunda de las formas de *Selbstbindung* a las que en la clasificación hemos aludido es la de la cooperación, que contempla las relaciones administrativas desde un punto de vista bipolar, cara a la compleja ejecución de sus fines en forma consecuyente y responsable; fundamento de la cooperación es la racionalidad en la actuación administrativa respecto al ciudadano; en suma, no desdeirse en actuaciones posteriores de la conducta adoptada. Tal pretensión se lleva a cabo a través de decisiones-previsión que determinan su cumplimiento (55).

(52) La temática fue objeto de estudio en la reunión anual de profesores de Derecho Político, en 1984, y D. H. SCHEUING, en su ponencia, parte de la siguiente clasificación: *Selbstbindung als Programmierungsmodus, Selbstbindung als Kooperationsmechanismus y Selbstbindung als Instrument zur Problemabsichtigung*, VVDStRL, núm. 40.

(53) W. SCHMIDT, *Gesetzvollziehung durch Rechtsetzung*, 1969, págs. 23 y 82; D. LORENZ, *Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie*, 1973, páginas 20, 23.

(54) Según D. H. SCHEUING, *op. cit.*, pág. 160, estas normas de carácter administrativo son compatibles con el artículo 80.1 GG y con el principio de protección jurídica individual del Estado de Derecho, si cumplen con su estricta función. De lo contrario poseerían efectos exclusivamente internos, que podrían perturbar seriamente derechos individuales dada su publicidad.

(55) En el ordenamiento administrativo alemán, las propias leyes de procedimiento (art. 38 VwVfG) tienen en cuenta la necesidad de decisiones previas para asegurar actuaciones conforme a los fines que se pretende. Para ello prevén su aseguramiento a través de contratos de Derecho público, cuya forma innominada es contemplable como auténtica obligación contractual para el cumplimiento de fines de Derecho público. La intensidad de la vinculación provoca el reparto de riesgos

La tercera de las formas que la doctrina contempla como manifestación de *Selbstbindung* es la que sirve de instrumento de dirección de determinados problemas, en relaciones administrativas complejas, en el marco de la Administración planificadora. Se pretende con ello atender a las relaciones Administración-ciudadanos desde los puntos de vista de todos los implicados y afectados en ellas, a través de la ponderación y valoración de todos los intereses en juego. El sistema resulta eficaz si participan en los planteamientos genéricos y en la concreción de sus intenciones todos los afectados por la relación. Esta forma de autovinculación es en la práctica la adoptada en la República Federal Alemana para problemas de planeamiento tanto en la edificación como en los sistemas de carreteras, aeropuertos y, especialmente, autorización de centrales nucleares (56). La manera de llegar a esa vinculación de la conducta administrativa es habitualmente «informal», traduciéndose normalmente en conversaciones que convencen a los particulares incluso del elevado coste, en ocasiones, del planeamiento que se intenta poner en marcha. Debido precisamente a su carácter informal, se niega habitualmente efectos jurídicos a este tipo de autovinculación, afirmándose que nunca de las posturas mantenidas por la Administración, en sus políticas de contacto con los particulares, podrán derivarse obligaciones posteriores para llevar a cabo el planeamiento cuestionado, del orden que éste fuere (57).

Esta última forma de autovinculación es una forma más de participación ciudadana.

Para analizar la cuestión de cómo encaja la supuesta inactividad administrativa, una vez la Administración ha determinado autovincularse a través de algunas de las formas expresadas, que pueden trasladarse, aunque no en bloque, a nuestro ordenamiento, es necesario examinar separadamente cada uno de los sistemas estudiados, por cuanto que sus efectos son distintos.

Cuando la vinculación administrativa a una determinada conducta se produce a través de las disposiciones administrativas que ejecutan la ley, la omisión de dictarlas se convierte ya en un ilícito, para cuyo análisis habríamos de remitirnos a lo estudiado en el epígrafe de la ley como encargo para la Administración. Si, contrariamente, la adopción de las medidas de carácter general se ha producido en cumplimiento de la ley, pero no se adopta la solución concreta prevista, la omisión de actuar es igualmente ilícita, pudiendo resultar, además, que la adopción de las disposiciones de carácter general hubiesen producido beneficio

entre Administración y ciudadano, que, a su vez, está más protegido ante un distanciamiento o cambio de actitud.

Un cambio de circunstancias que obligasen a modificar la relación daría lugar a que la Administración pudiese revocar sus decisiones y resolver la relación mediante indemnización. (Especial atención hay que dedicar a la intervención de terceros afectados por estas decisiones.) Estas formas de cooperación se dan con frecuencia en el derecho de edificación.

(56) D. H. SCHEUING, *op. cit.*, pág. 175.

(57) H. J. PAPIER, *JuS*, 1981, pág. 498.

o ventaja en la esfera de los derechos individuales, no concretadas en la ley, que justificasen plenamente su revisión en vía contenciosa.

La temática de si tan sólo las ventajas individuales otorgan un derecho a exigir la actividad administrativa, o si, por el contrario, estamos en el camino cierto si justificamos la pretensión del cumplimiento de la ley con fundamento en los derechos objetivos, se estudiará más tarde. Bástenos ahora con proponer, simplemente, la sanción de ilegalidad frente a la omisión de actuar.

En el mecanismo de la cooperación hay que tener en cuenta en primer lugar que ésta ha podido generar, a través de decisiones previas, vínculos bilaterales, algunos de ellos con efectos respecto de terceros capaces de originar auténticos derechos subjetivos, frente a aquellos con quienes directamente se contrae, e intereses frente a quienes se han de ver afectados por la adopción de medidas futuras (58). Frente a éstos queda asegurada la actuación administrativa posterior, o al menos queda asegurada la pretensión de obtener el cumplimiento de lo comúnmente decidido y, en suma de la ley, así como de la continuación formal del procedimiento iniciado hasta su completa terminación.

Por último, en el mecanismo de las relaciones de carácter informal, previas a decisiones futuras, debe admitirse que el interés en el cumplimiento de lo informalmente acordado no puede ir más allá del beneficio o ventaja que proporciona, de forma que la pretensión de exigir su cumplimiento pudiera no siempre fundarse en el derecho subjetivo.

Cabe preguntarse aquí qué papel jugarían los terceros interesados en que se llevase a cabo la ejecución de lo programado aun de manera informal; pues bien, al tercero que no ha tomado parte en las decisiones previas informales y, por tanto, no obtiene de ellas ventaja, pero sufre, en cambio, disminución o injerencia indirecta en sus derechos, podría atribuírsele, no sin riesgos, un derecho subjetivo reaccional, aunque ello le colocaría en posición más ventajosa que quien ha participado plenamente en la relación administrativa compleja.

IV. *La inactividad desde la «reserva de Administración»* («*Verwaltungsvorbehalt*»)

Entramos ahora en el examen de la conducta administrativa desde la perspectiva del controvertido tema de la «reserva de Administración». Podría parecer que este enfoque representa, simplemente, «la otra cara de la moneda» frente al clásico de la reserva de ley. No nos parece que sea exactamente así, o al menos la doctrina no ha enfocado su estudio desde la versión contraria. Para nosotros supone, sin embargo, una cuestión importante, porque, de adoptarse una u otra posición, la actividad o la inactividad administrativa podría correr al margen de la ley, y no creemos que ésta sea la conclusión a la que deba llegarse.

Para centrar la cuestión comenzaremos diciendo que el tema no es ni mucho menos reciente, aunque recientemente está ocupando un lugar

(58) W. H. RIEM, *Selbstbindungen der Verwaltung*, VVDStRL, núm. 40, 1984.

preponderante en los debates doctrinales, que se alinean de forma rotunda por la reserva de ley, aunque no dejan de admitir un ámbito de independencia, de sustancialidad y de defensa de la actuación del ejecutivo frente a otros poderes.

Del tema habla ya E. KAUFMANN a comienzos de siglo (59), y P. LABAND (60) aplica la expresión «reserva de Administración» para describir el poder normativo propio del ejecutivo. Prácticamente obviada la problemática de la referida reserva, en la época de Weimar (61) toma cuerpo, es desarrollada y continúa, como veremos, en las obras de H. PETERS (62) y E. FORSTHOFF (63).

En los años cincuenta, el término reserva de Administración corrió la suerte del desarrollo doctrinal de los conceptos jurídicos indeterminados y la discrecionalidad administrativa (64), aunque perdió peso en parte en los años sesenta, al asentarse la doctrina de la total reserva de ley (H. RUPP y D. JESCH) (65), que ya hemos tenido ocasión de comentar; se formula en su concepto, ámbito y materias por K. VOGEL y R. HERZOG en el Congreso que tiene lugar en 1965 en Würzburg (66), y, curiosamente, al tema mencionado de la reserva de Administración se dedica también el Congreso de 1984, siendo ponentes H. MAURER y F. E. SCHNAPP (67). Veinte años después comporta todavía tensiones.

La temática de la reserva de Administración llevada a sus últimas consecuencias daría lugar a propugnar una completa independencia del ejecutivo, y no se trata aquí de fundamentar su defensa, sino de acotar el campo de acción administrativo, precisamente en el momento en que se está produciendo una visible ampliación del principio de reserva de ley. Esta circunstancia, deducible por la marea normativa que origina la puesta en marcha de programas legislativos federales, está amenazando no sólo las relaciones Ley-Administración, sino también el reparto de competencias legislativas entre el *Bund* y los *Länder* y el papel de éstos en la primacía de la ejecución de las leyes del *Bund* (arts. 30, 70, 83 y 92 GG), afectando, en consecuencia, al equilibrio constitucional del reparto de poderes (68). La tendencia, por otra parte casi superada, de los Tribunales a sobreextender su jurisdicción hasta los últimos reductos

(59) E. KAUFMANN, «Verwaltung, Verwaltungsrecht», en el *Wörterbuch der deutschen Staats- und Verwaltungsrechts*, 2.ª ed., vol. III, 1914, pág. 683.

(60) Cita de N. ACHTERBERG, *Probleme der Funktionenlehre*, 1970, pág. 209; SCHEUNER, *Staatslehre und Staatsrecht*, 1978, pág. 422.

(61) R. HERZOG, *Gesetzgeber und Verwaltung*, VVDStRL, núm. 24, 1965; citando R. THOMA, Hd BDSr II, 1932, pág. 117.

(62) H. PETERS, *Lehrbuch der Verwaltung*, 1949, pág. 6, y *Die Verwaltung als eigenständige Staatsgewalt*, 1965.

(63) E. FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 10.ª ed., vol. I, 1973.

(64) Un estudio de F. OSSENBÜHL resume toda la dogmática: *Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz*, 1968, pág. 196.

(65) H. RUPP, *Grundfragen...*, op. cit.; JESCH, *Gesetz*, op. cit.

(66) K. VOGEL y R. HERZOG, *Gesetzgeber und Verwaltung*, VVDStRL, núm. 24, 1965.

(67) H. MAURER y F. F. SCHNAPP, *Der Verwaltungsvorbehalt*, VVDStRL, núm. 43, 1985.

(68) R. STETTNER, *Der Verwaltungsvorbehalt*, DöV, 1984, pág. 611.

de posible revisión de los actos administrativos, con el fin de cubrir la total garantía jurídica del individuo, está llevando también a hablar de una *Richtervorbehalt* (reserva de Tribunal), que tiende a someter a la Administración a la dictadura judicial, lo que, evidentemente, la *Grundgesetz* no ha querido, pero a lo que no sería difícil llegar, en determinados ámbitos, debido al recurso abusivo del legislador a los conceptos jurídicos indeterminados, que la Administración «rellena», y que posteriormente son revisados exhaustivamente por la jurisdicción contenciosa (69).

Tal vez resulte exagerado, aunque no deje de ser cierto, la hipotética amenaza que el ejecutivo sufre a través de las nuevas formas de participación y de intervención de los particulares en las decisiones administrativas; las tareas administrativas ejercidas en forma paralela por los particulares, según se ha manifestado en ocasiones, minan el reducto de sustantividad que a ésta le es propio por determinación legal (70). Con la intención de liberar a la Administración de las inmisiones de los restantes poderes, y de la propia sociedad, se elabora la dogmática de la reserva de Administración.

Según R. STETTNER, con el término reserva de Administración se describe, según su sentido, un espacio reservado, un ámbito propio de cumplimiento de tareas con medios propios, oponibles frente a quien accionase o interfiriese ante el contenido de esa reserva (71). La reserva de Administración no es concepto comparable con la total actividad administrativa ni con las funciones administrativas decisorias, sino descripción de una acción de concreción producto de la organización estatal. Su contenido no es otro que un núcleo de competencias que representan la garantía de una determinada posición en el reparto de funciones de la organización estatal que puede influir en el resultado de sus decisiones.

Que el concepto *Verwaltungsvorbehalt* sea contrario al de *Gesetzesvorbehalt* (72) ha sido criticado en ocasiones por entender que, en todo caso, habría de oponerse a *Parlamentarvorbehalt*, que incluye tanto leyes como resoluciones parlamentarias sin rango de ley, y ambos, a su vez, a *Richtervorbehalt* (73), o reserva de Tribunales; y si la teoría de la reserva de Administración atrae la atención actualmente, es debido a la extensión que en las últimas dos décadas ha adquirido la reserva de ley, sin que, por otra parte, se haya conseguido determinar claramente sus

(69) En la República Federal Alemana a este tema se es especialmente sensible por la Ley de Energía Atómica, *Atomgesetz*, y la autorización para instalar centrales nucleares y de energía eléctrica, competencia administrativa, en la que la Administración tiene un ámbito de apreciación grave en cuanto a cuestiones de seguridad; F. OSSENBÜHL pone de relieve «que precisa la autorización de confirmación judicial», en *Die Gerichtliche Überprüfung der Beurteilung technischer und wirtschaftlicher Fragen in Genehmigungen des Baus von Kraftwerken*, DV Bl, 1978, pág. 1.

(70) R. WALTER y W. SCHMITT-GLAESER, *Partizipation an Verwaltungsentscheidungen*, VVDStRL, núm. 31, 1973, págs. 174, 179.

(71) R. STETTNER, *Der Verwaltungsvorbehalt*, DöV, 1984, pág. 611.

(72) H. MAURER, *Der Verwaltungsvorbehalt*, VVDStRL, núm. 43.

(73) H. MAURER, *Der Verwaltungs...*, op. cit., pág. 140.

límites; de ahí que se plantee la cuestión de si precisamente sus fronteras tienen que venir impuestas desde la Administración misma. Sin embargo, reserva de ley y reserva de Administración no se cierran la una por causa de la otra: hay ámbitos que el legislador no debe regular, pero puede regular; que, no estando sometidos a la reserva de ley, caben en la discrecional actuación del legislador. La reserva de Administración marca el límite de la competencia legislativa y, con ello, sólo el trámite externo de la reserva de ley, lo que desemboca en la cuestión de si al ejecutivo solamente le están reservadas, desde un punto de vista jurídico, determinadas tareas y funciones o si, por el contrario, posee también una reserva normativa.

La doctrina distingue (74) entre reservas de Administración fácticas y normativas, pues hay numerosas tareas estatales que, por motivos dependientes exclusivamente de la materia, pueden ser ejercidas por el aparato ejecutivo a través de sus correspondientes órganos, como podrían ser, por ejemplo, las que tienden a procurar por el bienestar general, régimen escolar, económico o defensa militar. La reserva de Administración fáctica es jurídicamente muy interesante, ya que, por tratarse de tareas que no pueden desarrollar los otros poderes del Estado, impide la intervención de los mismos, especialmente del legislador, aun cuando en el caso singular debe dudarse de si, estando fijados los límites fácticos de la reserva de Administración, el legislador puede considerar oportuno regular la referida materia.

La reserva normativa de Administración puede contemplarse también desde otros puntos de vista. Puede hablarse de ella cuando el legislador, a través de la concesión de un ámbito de discrecionalidad, de apreciación o, simplemente, por renuncia a su capacidad legislativa, garantiza a la Administración un ámbito libre de decisión. Como se aprecia, el punto central de la disgresión se centra en si la *Grundgesetz* delimita para el ejecutivo un ámbito reservado netamente distinguible y si, con fundamento en el artículo 79.3 GG, ese ámbito reservado queda asegurado frente a la intervención del propio legislador.

La reserva de Administración no se deriva directamente de los preceptos constitucionales. De los principios del Estado de Derecho se deduce solamente la competencia de ejecución (ejecutiva) de la Administración. En la *Grundgesetz* no se habla, ni explícita ni implícitamente, de una reserva del ejecutivo o de Administración. El principio de la división de poderes, proclamado en el artículo 20.2 GG, garantiza a cada poder un ámbito de actuación, *Kernbereich*, o núcleo de atribuciones inviolable (75). Referido al poder ejecutivo, podría ser éste el de reserva de Administración, si no fuera porque tal teoría no es hoy mantenible, debido a que se asienta sobre bases débiles, ya que, al no poder describir por sí misma el contenido de éste, conduce a un esquema de división de poderes que obliga a efectuar continuas excepciones, porque la

(74) H. MAURER, *Der Verwaltungs...*, op. cit., cita el ejemplo del régimen escolar y los planes escolares.

(75) T. MAUNZ, en MAUNZ/DÜRIG/HERZOG, *Grundgesetz*, art. 20, Rn 81; F. SCHNAPP, en VON MÜNICH, *Grundgesetz-Kommentar*, 2.ª ed., vol. I, 1981, art. 20, Rn 34.

Grundgesetz no ha recibido «el» modelo o «un» modelo de división de poderes, sino que ha desarrollado su propio modelo (76).

Por lo que respecta a la relación Administración-Ley, la imposibilidad de definir aquélla en un sentido material se deduce no sólo de la multiplicidad objetiva de las tareas administrativas, sino también del propio ordenamiento jurídico. La Administración se encuentra en una relación complementaria a la ley, y su ámbito de actuación (ejecución de la ley, administración libre de la ley y preparación de la ley) muestra que actúa a impulso de la legislación, en cuya impulsión a la vez influye a través de sus propias iniciativas. Consecuentemente, la preparación y elaboración de los proyectos de ley exterioriza únicamente el derecho del Gobierno a la iniciativa legislativa, reconocido constitucionalmente, pero no significa reserva alguna, porque ésta no corresponde exclusivamente al Gobierno (77).

Incluso en el ámbito administrativo no necesariamente vinculado a la ley se conforma un campo de actuación administrativo amplio, pero no implica adquisición de un ámbito de actuación propio, porque el legislador puede abarcar en su tarea normativa toda materia susceptible de ser abarcada. La potencial reserva de Administración dependería no del alcance, sino de la consistencia e intensidad de la legislación (78).

La auténtica reserva de Administración es la de ejecutar la ley. Significa por esencia su propia función: hacerla realidad en la práctica y servir a la concreción del Derecho. A ello está obligada no sólo la autoridad que debe ejecutarla y cumplirla en el caso concreto, sino todo el aparato jerárquico administrativo, aun cuando de ello pudiera desprenderse que no existe una competencia originaria de la Administración para la creación de normas, ni bajo la aplicación de la teoría de la «esencialidad» ni bajo la de la creación y concreción del Derecho en aquello que la ley le permite (79). Ello no obstante, hay autores, como EBERLE (80), que contemplan el problema en forma distinta, y que interpretan la teoría de la esencialidad en la reserva de ley como límite negativo para la actividad legislativa, en evitación de que el legislador se sobrecargue de leyes para las que no es necesaria su participación. Como argumentos utiliza el de la representación democrática de Parlamento y de Gobierno y, especialmente, el de que el legislador no debe adoptar más decisiones que aquellas que corresponden al procedimiento legislativo. No es casualidad, advierte, que Constituciones de *Länder* como Bayern, Hessen, Bremen, Nordrhein-Westfalen y Saarland otorguen al Gobierno del *Land* respectivo potestades generales para dictar reglamentos ejecutivos, y, bajo ese prisma, elimina la necesidad de intervención parlamentaria en aquellas regulaciones que suponen una subordinación

(76) H. MAURER, *op. cit.*, pág. 150.

(77) K. EICHENBERGER, *Gesetzgebung im Rechtsstaat*, VVDStRL, núm. 40, 1982, pág. 29.

(78) R. HERZOG utiliza la expresión *Allzuständigkeit des Gesetzgebers* para indicar no sólo el alcance, sino la intensidad de la legislación; en MAUNZ/DÜRIG/HERZOG, *Grundgesetz-Kommentar*, art. 20, Rn 84.

(79) W. BOCKENFORDE, *Gesetz und Gesetzgebendegewalt*, 2.ª ed., 1981, pág. 389.

(80) C. E. EBERLE, *Gesetzesvorbehalt*, *op. cit.*, pág. 490 (nota 37).

jerárquica de otras normas legislativas ya existentes, en las que sedimenta su existencia la norma futura. Así justifica el autor la expresión del Tribunal Constitucional federal (81) de que el legislador debe limitarse tan sólo a decisiones de carácter direccional, *parlamentarische Leitentscheidungen*.

Reconduciendo el tema, podríamos concluir con que la reserva de Administración implica, por excelencia, la capacidad organizatoria del ejecutivo en cuanto a sus asuntos y funciones, bajo la dependencia del legislador, cuando así esté establecido. Ello supone manejo interno del aparato ejecutivo, poder de organización, de discusión de asuntos y dirección de personal (pues aunque la legitimación para dictar normas en materia de personal está repartida entre legislativo y ejecutivo, el peso de las decisiones individuales recae en el ejecutivo).

A título de complemento habríamos de mencionar aquí dos aspectos que nos parecen de especial interés (aun cuando volvamos a ello al estudiar la extensión de la revisión contenciosa), relacionados ambos con el ámbito de apreciación de que goza la Administración: el de la adopción de la única decisión correcta y el de la determinación de las previsiones de futuro.

Según M. RONELLENFITSCH (82), existen numerosos supuestos donde el Tribunal revisor no puede entrar, porque carece de medios para llegar a concluir una prueba completa de los motivos, hechos y fines que la Administración valoró para adoptar la decisión propia, pues hay zonas y aspectos a los que el Tribunal no tiene entrada, ya que éstos han estado únicamente en manos del ejecutivo (actos materiales de fiscalización o control, de inspección, decisiones en materia de personal, decisiones de previsiones y prospectivas de futuro, decisiones que afectan a planes de obligada elaboración, y aquellas que proceden de comisiones especializadas). Ante tales actos, el Tribunal, que por su propia situación no queda próximo a la situación de hecho, sólo puede plantearse que el hecho realmente se haya producido y justificado por la norma, pero no entrar en la decisión administrativa tal y como se produjo, que sólo podría ser adoptada por la Administración por su cercanía y proximidad con los hechos.

Por lo que respecta a las decisiones que implican previsiones de futuro, se reconoce también un amplio *Prognosespielraum* en el que la figura del concepto jurídico indeterminado se contempla cara al riesgo futuro de una determinada decisión. El Tribunal contencioso controla la situación de hecho actual y el ajuste de la decisión a los fines de la norma, pero no puede entrar en el ámbito de responsabilidad administrativa que representa la decisión futura. TETTINGER lo conceptúa como una

(81) B Verf. GE, 47, 46, pág. 83; 58, 257, pág. 271.

(82) M. RONELLENFITSCH, en *Das besondere Gewaltverhältnis im Verwaltungsrecht*, DöV, 1984, pág. 787, lo denomina *Prinzip der einzig richtigen Entscheidung*, citando a E. FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts I*, 10.ª ed., 1973, pág. 86. En las notas de pie de página núms. 67, 68, 69 y 70, RONELLENFITSCH incluye un gran número de decisiones de los Tribunales contenciosos, en su mayor parte posteriores a 1979, que adoptan esa postura.

especialidad dentro de la figura del concepto jurídico indeterminado, con consecuencias jurídicas suficientes como para motivar su tratamiento independiente (83).

Como conclusión, y tras exponer a grandes rasgos lo que en la actualidad es uno de los temas preferidos de la doctrina del Derecho público, podemos deducir en líneas generales que su dogmática ni rompe ni choca frontalmente con la doctrina de la reserva de ley. Tampoco hay motivos para pensar que el poder ejecutivo sea el «poder olvidado» de las Constituciones, y que la ausencia de una definición de funciones pueda llevar a una disminución de éstas en beneficio de los otros poderes (84). Como acertadamente señala H. MAURER (85), «no existe necesidad alguna de predicar una reserva de Administración; el ejecutivo no puede resultar reducido ni perjudicado por la legislación. El clamor general sobre la proliferación de leyes “mareas legislativas” y exceso de legislación puede evitarse a través de la mejora de las técnicas legislativas, sin que sea necesario recurrir a las tesis de la reserva de Administración». Por otra parte, la legitimación democrática directa del Parlamento ha de ser contemplada desde su aspecto estrictamente personal, funcional e institucional; legislativo y ejecutivo tienen cada uno su lugar en la Constitución (86), y los términos reserva de ley-reserva de Administración se mueven en esferas completamente distintas.

Cabría preguntarse, por último, si bajo la teoría de la reserva de Administración serían lícitas las conductas omisivas o inactivas fruto de la propia decisión administrativa. Entendemos que ello no es posible por los motivos siguientes: cuando existe una ley que establece obligaciones administrativas referidas a materias propias de reserva de ley, la Administración no goza de poder de decisión alguno sobre la opción de su ejecución, y el grado de concreción que la ley pueda dejar a fijación del criterio administrativo, en su caso, tampoco le permitirá lícitamente optar por la inejecución. En el supuesto de que, siendo materia no reservada a la ley, el legislativo hubiera decidido entrar a regularla, la actuación administrativa deberá manifestarse ejecutora y sometida a la ley; si, por el contrario, el legislador no considerase oportuno regular la materia referida, podría la Administración dictar normas reglamentarias que contemplasen tales supuestos, con lo que automáticamente estaba conformando su autovinculación al cumplimiento de una norma propia.

En el Estado de Derecho, los poderes públicos, en todas sus manifestaciones, están vinculados en torno a un orden de competencias que evite el uso indebido de los mismos y garantice la libertad de los individuos. La forma de ley aparece encadenada a esa afirmación en la separación legislación-cumplimiento de la ley, y el reparto de competencias que se determina para tal cumplimiento es claro. Los principios demo-

(83) P. T. TETTINGER, *Überlegungen zu einem administrativen, prognosespielraum*, DV Bl, 1982, pág. 421.

(84) F. SCHNAPP, *Der Verwaltungsvorbehalt*, VVDStRL, núm. 43, 1985, pág. 176.

(85) H. MAURER, *Der Verwaltungsvorbehalt*, op. cit., pág. 171.

(86) F. SCHNAPP, op. cit., pág. 183.

cráticos de representación y los trámites parlamentarios tienden a establecer una intervención precisa de ley antes de dar entrada a la Administración, en hipotético desarrollo de aquélla o en ausencia de ella misma. Por otra parte, el principio del Estado social de Derecho exige asunción de tareas, servicios, prestaciones, seguridad, y los fines del Estado se cumplen a través de normas y ejecución de normas.

CAPITULO SEGUNDO

LA PROBLEMÁTICA DEL CUMPLIMIENTO DE LA LEY

I. Consideraciones sobre la «implementación» de las leyes

Hemos intentado contemplar la relación ley-actividad administrativa desde los aspectos en que nos ha parecido que tal relación merecía un estudio separado por su propia entidad y autonomía conceptual. Si bien los conceptos «reserva de ley», «reserva de Administración» podrían parecer contradictorios u oponibles, no creemos haber visto en ellos posiciones contradictorias, sino incluso completables, formando entre ambos la gran cascada productora de normas y creación de Derecho; desde otra perspectiva, los de la ley como encargo a la Administración y el de las autovinculaciones, cierran el círculo de toda la actuación administrativa.

La conclusión que extrajimos no es otra que la de que la ley debe ser cumplida por la Administración, aunque ésta complementemente en ocasiones aquélla. El mandato jerárquico constitucional de la primacía de la ley es claro: allá donde exista una obligación legal que cumplir o un precepto que ejecutar, la conducta administrativa pasiva es ilícita. Esta afirmación, sin embargo, hay que matizarla hoy en día en los países de distribución de competencias entre el Estado federal y Estados miembros o, como sería nuestro caso, Administración del Estado-Comunidades Autónomas. El cumplimiento de los mandatos del legislativo en estas organizaciones políticas adquiere una especial dificultad, o por lo menos precisa una ejecución entrecruzada, pues queda alterado el cuadro nítido existente donde la ley es producida por una sola fuente normativa.

Ello nos obliga a profundizar en la responsabilidad de los poderes públicos en el cumplimiento de la ley, y en cómo su deficitario cumplimiento puede provocar mayor número de leyes, peores prestaciones para los individuos y actuaciones fundadas en la improvisación, y no en la programación. Sabemos que la realización y el cumplimiento de la ley depende del comportamiento administrativo; pero también depende de la propia norma y de la determinación, corrección y claridad de sus dictados al ofrecer un comportamiento factible.

La problemática de la ejecución y el seguimiento de la ejecución de la ley ha sido introducida en la doctrina alemana mediante recibo de las teorías norteamericanas sobre análisis de cumplimiento de los programas legislativos. El término inglés *implementation*, asumido desde un

punto de vista semántico en la República Federal, describe un campo de investigación hasta hace poco ignorado, que se ocupa de la ejecución y de la aplicación de leyes y otros programas en el proceso del desarrollo político. La significación de la «implementación» dentro del proceso político general, que abarca tanto el encaje y articulación de los problemas sobre el desarrollo de programas como su cumplimiento y efectos, o impactos finales, descansa en el hecho indiscutible de que los programas políticos determinan de manera muy imperfecta e incompleta las condiciones de la actuación administrativa, cuando precisamente su eficacia depende esencialmente de tal actuación. Partir de lo anterior presupone una investigación jurídica, y no sólo sociológica, ya que una norma jurídicamente vinculante es susceptible de producir efectos automáticamente, y también *de facto*; por lo que el núcleo de la investigación se centra en el análisis de las causas de la discrepancia entre norma y realidad, entre objetivos de los programas y efectos verdaderamente producidos.

La investigación de la «implementación» abarca no sólo el estudio de las prestaciones públicas de carácter material y los efectivos personales, que se corresponden con el comportamiento administrativo ejecutivo, sino también el de las instancias inmediatamente afectadas por las leyes y las reacciones de los destinatarios; no sin incluir en lugar preferente el estudio del comportamiento legislativo, el alcance de los programas normativos y de las propias normas, de cuya fuerza, claridad, determinación y realidad depende en buena manera el comportamiento administrativo eficiente (87).

II. *Aproximación al cumplimiento de la ley o conducta administrativa activa*

Es preciso en esta fase de nuestro análisis, dedicada a la relación Administración-cumplimiento-ley, efectuar unas reflexiones, sin la pretensión de agotar el tema, acerca de la dificultad del cumplimiento óptimo de las leyes, preferentemente en aquel tipo de relaciones Estado-ciudadano que se ven marcadas por la distancia entre fuentes normativas y titulares de su ejecución; pues si bien en nuestro ordenamiento viene referida a aquellos supuestos en que las Comunidades Autónomas ejecutan la legislación del Estado, incluso mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria, en el sistema federal alemán representa la ejecución de la legislación federal por los *Länder*, que, salvo en algunos casos, se manifiestan normalmente como los titulares del cumplimiento de los programas legislativos, de forma que ni tan siquiera el Estado federal puede saltar ese estadio de ejecución, pretendiendo una ejecución de sus programas directamente por los entes locales. Esa circunstancia justifica un contacto permanente entre estructuras de ejecución y remitente de programas y normas directrices.

(87) R. MAYNTZ, *Implementation politischer Programme. Theoretische Überlegungen zu einem neuen Forschungsgebiet*, en «Die Verwaltung», núm. 1, 1977, pág. 51.

Visto bajo esa perspectiva, no podemos dejar de reconocer la importancia de la investigación de la «implementación» de las leyes hoy en día; en primer lugar, porque el deficitario cumplimiento de éstas incide totalmente en el destinatario de la norma, cumplida o no, y en el alcance de la pretensión que le asiste para exigir su cumplimiento; en segundo lugar, porque a efectos de este estudio siempre puede dejarse abierta la duda sobre si la sanción de la conducta administrativa inactiva es cosa que deba recaer sobre la Administración en todo caso o, en ocasiones, también sobre el legislador.

Podemos partir en nuestra investigación de que instancias y órganos administrativos actúan a través de un comportamiento prestacional o de servicio, ejercitando sus competencias con intenciones más cercanas a la propia gestión del servicio que al exacto cumplimiento de la ley, y podría añadirse, además, que en ocasiones la gestión de servicios, ejercicio de competencias, etc., por propio distanciamiento, queda desfasada con respecto del interés real, tanto social como legislativo, que el flujo de las normas viene persiguiendo. El comportamiento diario y el ajuste, también diario, a los recursos disponibles puede hacer perder la perspectiva del cumplimiento de las leyes, y, de forma contraria, el cumplimiento exacto de determinadas leyes sectoriales puede dar fácilmente al traste con el cumplimiento de otros programas o normas, de carácter más general, en los que varían únicamente la calidad y cantidad de los afectados por su incumplimiento. Es tradicional y general, por lo que hemos podido comprobar, la tensión que se produce entre la política urbanística municipal, por una parte, y la política general de empleo y fomento de la construcción, por otra, supuestos donde el equilibrio de intereses asume un papel preponderante y donde se pone de manifiesto, de manera relevante, el alejamiento de autoridades y órganos en el cumplimiento de la ley cuando obedecen a programas ajenos.

Hay que reconocer también que el comportamiento administrativo activo deja en ocasiones espacios sin cubrir, porque la sola obligación que se interpreta impuesta es la de actuar, pero no la de evitar conflictos o inconvenientes que fácilmente llevarían consigo un cumplimiento parcial de las normas o, al menos, una recepción parcial de la norma por parte de sus destinatarios. Desde otro punto de vista, no puede olvidarse que la financiación de los centros de poder, bien se trate de los *Länder* o, en nuestro caso, de las Comunidades Autónomas, juega un importante papel a la hora de la actuación administrativa, ya que la financiación antisolidaria, en más o en menos, rompe con las líneas de ejecución, provocando conductas inactivas, la mayor parte de las veces, por motivos exclusivos de carencia de medios (88) o de suministro tardío de éstos (89).

(88) D. GARLICH, «Politikformulierung und Implementierung im föderativen Staat», en *Implementation politischer Programme*, editado por MAYNTZ, 1980, Athenäum, Königstein, pág. 32.

(89) A. BAESTLEIN y M. KONUKIEWITZ, «Implementation der Raumordnungspolitik», en *Implementation politischer...*, op. cit., pág. 47.

III. *Ambitos sectoriales de investigación sobre la «implementación» de leyes*

En consecuencia con lo anterior, la investigación sobre la «implementación», y sobre el galopante déficit de cumplimiento de las normas, ha dirigido sus pasos hacia los sectores del medio ambiente y ordenación del territorio en sus más amplios aspectos, además de aquellos otros que extienden su área de acción hacia campos diversos de intervención, como pueden ser la reactivación económica, política de empleo, etc.

Uno de los primeros obstáculos que se resaltan frente al cumplimiento de la ley en materia de medio ambiente y ordenación del territorio es el de la deficiente coordinación, que resulta no sólo de la conducta administrativa, sino de la propia previsión normativa. Cuando fallan los resortes normativos, difícilmente la Administración puede suplirlos; la coordinación, por otra parte, tiene también su coste: se necesita tiempo, recursos y buena dosis de información, constantemente suministrada entre las partes en juego, y se necesita, fundamentalmente, que los fines a los que se dirige la norma, el programa o directriz correspondiente se manifiesten absolutamente transparentes para poder ser aplicados horizontalmente o en cascada (90).

La ausencia de objetivos exactamente dibujados y la opacidad de los que llegan a manifestarse suele conducir a la falta de consenso en la aplicación de los mismos, y la falta de consenso inducirá inevitablemente al conflicto, que puede presentarse en forma de actuaciones idénticas multiplicadas o en forma de inactividad de uno o varios de los determinados legalmente a actuar.

La llamada a la coordinación no puede solucionar por sí sola todos los problemas, pero se evidencia como un medio óptimo para conseguir fines comunes, allí donde la ausencia de ella no sólo produce efectos visibles, sino además lesivos, tanto para los particulares como para la Administración (91). Al igual que la coordinación, el acuerdo de las instancias políticas es imprescindible para un correcto cumplimiento —o cuanto menos un cumplimiento conforme— con las directrices legislativas, y es una forma de manifestación de la información constante a la que aludíamos anteriormente, a la vez que cauce para la definición del interés propio, en concurrencia con el interés general; desde el prisma de los *Länder*, constituye la relación hacia el exterior, o su relación con otros *Länder*, y hacia el interior a través del entretretejido de relaciones que conforman los intereses comunales.

No puede silenciarse, en el contexto del óptimo cumplimiento de la

(90) A. BAESTLEIN y M. KONUKIEWITZ, «Implementation der Raumordnungspolitik», en *Implementation politischer...*, op. cit., págs. 36 y 37, definen la coordinación como «la consecución de un determinado objetivo por varios sujetos que a través de su conducta protegen tales objetivos o, cuanto menos, no los dificultan».

(91) Sobre los efectos de la actuación administrativa ausente de coordinación, y de la sanción de las normas que imponen actuaciones de espaldas a la misma, puede verse L. PAREJO ALFONSO, *Estado social y Administración pública*, Civitas, 1983.

ley, la actitud de los afectados por las normas referentes al medio ambiente y ordenación del territorio, a través de las técnicas de participación y, en algunos supuestos, también de las iniciativas legislativas, bajo la perspectiva del Derecho Administrativo actual, que se debate entre las ideas de participación, vinculación y libertad. Con base en el principio del Estado de Derecho democrático se introduce no en vano recientemente la *Popularvorbehalt* (92), término mediante el que se describe aquello que está reservado al pueblo, que completa el cuadro de reservas ya estudiado, y como tal reserva debe ser defendido de las intervenciones de los poderes públicos que puedan menoscabarlo. Atendiendo en mayor o menor grado a la referida reserva, es evidente que al incumplimiento de la ley pueden cooperar los destinatarios de la norma que representan intereses contrapuestos a otros sectores de destinatarios, afectados cada uno de ellos de manera positiva o negativa. La información, la participación y, en todo caso, la intervención en los procedimientos tanto concretos como normativos favorecerá el cumplimiento de la ley frente a todos sus destinatarios. Por lo tanto, cuanto más concreta, clara y transparentemente se expresen los fines de la norma cara a todos los afectados por ella, y mejor expresadas queden las formas de comportamiento de todas las instancias de ejecución, aumenta el nivel y el grado de probabilidades de cumplimiento por parte de las instancias obligadas a ello; en consecuencia, y por otra parte, aumenta el grado de cobertura y recepción de la norma por parte de sus destinatarios (93).

Lo dicho para las normas puede servir para los programas normativos que precisan desarrollo concreto, a nivel de cascada, por distintas fuentes de creación de Derecho. Cada programa contiene, en efecto, una múltiple definición de fines, objetivos y causas que deben instrumentarse por diversas instancias administrativas; tanto más explícito sea el fin y mejor puedan reconocerse los efectos que se persiguen, tanto mejor podrá ser aplicado, en la vía de ejecución, por las unidades administrativas encargadas. La discrepancia entre la apreciación de la función y la solución que cabe dar al problema por las diversas unidades administrativas conduce a un deficitario cumplimiento de la ley o, cuanto menos, al fracaso frente a los destinatarios de la norma.

De lo anterior se deduce que una adecuada elección de los órganos administrativos que han de llevar a cabo la ejecución de las normas, tanto en forma vertical como horizontal, influye directamente en el cumplimiento de las mismas, y aunque adentrarnos en el tema de la organización y estructura administrativa nos alejaría de nuestro propósito,

(92) Ch. PESTALOZZA, *Der Popularvorbehalt*, *Schift. der Jurist. Gesellsch.*, 1981 (conferencia pronunciada el 21 de enero de 1981 en la *Berliner Juristische Gesellschaft*). El autor postula la democracia directa, más allá de la iniciativa legislativa, como parte de la responsabilidad en las tareas del Estado, como resultado del derecho que asiste en todo momento al ciudadano a participar en las tareas del Estado; lo que viene a demostrarse a través de las Constituciones de determinados *Länder* en relación a la *Grundgesetz*.

(93) W. BRUDER, *Umsetzung und Vollzug von Verwaltungsprogrammen*, «Die Verwaltung», núm. 16, 1983, pág. 207.

valdría la pena señalar que éstos han sido los puntos en que se ha puesto de manifiesto el deficitario cumplimiento de las normas en materia de medio ambiente y ordenación del territorio, en el entramado de ejecución de normas por los *Länder* en la RFA, cuando su ejecución implicaba una inversión económica cuantiosa; la investigación sobre los problemas de su «implementación» se ha detenido tanto en el estudio de disponibilidades y medios técnicos e instrumentos de ejecución de obligaciones y prestaciones públicas como en las motivaciones de los órganos que las ejecutan, que muestran las condiciones de su capacidad de manio-brar (94).

IV. Instrumentos de cumplimiento de las normas como programa

Como señala E. BLANKENBURG (95), hay leyes que se identifican plenamente con programas políticos. Las leyes de protección del medio ambiente —en su más amplio sentido—, o las ya mencionadas de creación de puestos de trabajo, aluden, por lo general, a la descripción de objetivos. Si éstos no se alcanzan se afirma el déficit de la ley o del programa político, bien por motivos de incumplimiento y de falta de exigibilidad, bien porque el programa era defectuoso y las medidas individuales previstas resultaban inadecuadas al fin (96).

Tanto unas como otras normas desencadenan una serie de actuaciones administrativas que descienden hasta los actos administrativos de aplicación individual, pasando por los reglamentos tanto jurídicos como administrativos (97). Esta cascada de normas y determinación o descripción de fines (98) son los instrumentos de que la Administración dispone

(94) D. GARLISCH, *Politik formulierung...*, op. cit., y R. MAYNTZ, *Vollzugsprobleme der Umweltpolitik. Empirische Untersuchung der Implimentation von Gesetzen im Bereich der Luftreinhaltung und des Gewässerschutzes*, editado por el Rat von Sachverständigen für Umweltfragen, 1978.

(95) E. BLANKENBURG, «Die Implementation von Recht als Programme», en *Implementation politische...*, pág. 127.

(96) R. MAYNTZ, en la investigación sobre medio ambiente antes citada, dedicada especialmente a la protección de las aguas, estudia las siguientes categorías de actores-sujetos:

- 1.º Organos administrativos —sujetos administrativos— que participan directamente en el cumplimiento, y órganos administrativos con funciones de dirección y de inspección (entre los primeros se incluirán las autoridades hidrográficas, y entre los segundos, los Ministerios).
- 2.º Destinatarios de las normas: los municipios, como titulares promotores de las inversiones; las asociaciones hidrográficas, y las industrias y empresas que aportan inversiones privadas.
- 3.º Actores que cooperan con los órganos administrativos en cualquier fase del cumplimiento: Tribunales, Comisiones no estatales, instancias municipales competentes en materia de edificación y planeamiento.
- 4.º Actores en general, cada uno en su ámbito: ciudadanos, iniciativas ciudadanas, prensa, partidos políticos, organizaciones públicas, etc.

(97) Según terminología de G. DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, en *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, 1984, pág. 282.

(98) Se estudia tradicionalmente la que desencadena la AFG (*Arbeitsförderungs-*

para la puesta en marcha y ejecución de la ley, que, aun haciéndose uso de ellos, pueden desplegar escasa eficacia y, no utilizados, escasos perjuicios, si el déficit originario estaba en la ley y no en la actuación administrativa. La utilización habitual de cláusulas generales que describen fines y fijan aspiraciones, supone para la Administración una invitación clara a comportamientos indeterminados y difíciles de controlar tanto frente a ella misma como frente al impacto de su mayor o menor exigibilidad por los particulares. Y aunque la investigación sobre la «implementación» se realiza siempre desde el punto de vista del estándar y nivel de cumplimiento, no debe olvidarse que la ejecución de la ley representa frente al ciudadano la cobertura de una prestación, el reconocimiento de una situación o la eliminación de un límite u obstáculo, lo que tan sólo puede medirse a través de la actividad, o, cuando menos, de la actividad que correspondería en evitación de lesiones individuales.

La efectividad de los preceptos administrativos, como instrumentos de cumplimiento de las normas, puede medirse por los mandatos y prohibiciones que en ellos se contienen, si bien es cierto que cuando los mandatos y prohibiciones protegen un orden de bienes jurídicos de rango superior son mejor aceptados y, por consiguiente, se hacen cumplir de forma más efectiva. Por otra parte, la efectividad de las prohibiciones y los mandatos, según K. LANGE, puede medirse por el grado de publicidad a que se someten (99), ya que condición de efectividad es que éstos identifiquen a los destinatarios para que, a su vez, se sientan éstos vinculados tanto por la legitimidad del mandato o prohibición como por las sanciones que pueden imponerse en caso de contravención.

De la efectividad del mandato o de la prohibición y de su adecuada aplicación en el acto administrativo concreto depende, consecuentemente, el nivel de cumplimiento, debiendo tenerse en cuenta que, a menudo, reparar suele ser más costoso que evitar y, en ocasiones, resulta imposible (100). Por ello, la técnica de la prohibición con reserva de autorización (*Erlaubnisvorbehalt*) cobra pleno sentido como técnica de actuación administrativa, pues aunque, por una parte, puede constituir fuente de inactividad que desnaturalice la reserva convirtiéndola, a su vez, en prohibición, por un exceso en la adopción de cautelas e imposición de condiciones, por otra, pueden evitarse daños impensables e incluso inversiones infructuosas (101).

gesetz); así, E. BLANKENBURG y M. KRANTKRAMER, en «Verwaltungsprogram als Kaskade von Rechtsvorschriften», en *Implementation...*, op. cit., pág. 138.

(99) K. LANGE, *Kriterien für die Wirksamkeit von Instrumenten und Programmen des Verwaltungshandelns*, DöV, 1981, pág. 74.

(100) R. MAYNTZ, *Die Implementation politischer Programme*, «Die Verwaltung», núm. 10, 1977, pág. 62.

(101) K. LANGE, op. cit., pág. 74, pone de manifiesto el ajuste de los mandatos y prohibiciones al principio de igualdad contenido en el artículo 3 de la *Grundgesetz*, aun cuando sólo sean cumplidos por una parte de los destinatarios de las normas.

V. Obstáculos que surgen en el cumplimiento de las normas

Volviendo a la ley como parámetro de la actuación administrativa, podría alegarse que cuanto más detalladas son las normas, regulando con mayor intensidad las obligaciones de los destinatarios —cualesquiera que éstos fuesen, incluso la Administración—, coartan en igual intensidad su libertad de actuación, sobrecargándolos de obligaciones no todas susceptibles de cumplir, lo que parece oponerse, en principio, a lo que manteníamos líneas más arriba. Ahora bien, una cosa es el detalle exhaustivo de la norma y otra es la determinación de sus fines y la realidad de las conductas que en ellas se imponen. En la actualidad, el grado de intensidad con que la norma regula la actuación de la Administración, directamente o a través de la conducta que frente a los destinatarios últimos impone, está dando lugar a posiciones aparentemente contradictorias, pues, como expusimos en su momento, la teoría de la reserva de ley se exige tan sólo para lo «esencial» respecto de los derechos fundamentales, por lo que excluye en principio un excesivo detalle por parte del legislador, pese a que la opinión creciente es la de que en materia de derechos fundamentales no cabe discrecionalidad administrativa, o debe reducirse ésta a cero, y si el grado de detalle de la ley es reducido se deja el campo abierto a la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados, de forma que posiblemente ocurra, como ya se anunció, que aumente considerablemente el número de leyes aun cuando disminuya su nivel de detalle (102). Precisamente en la tensión determinación-detalle-realidad de las normas, la investigación sobre la «implementación» de las mismas estudia tanto sus características internas como los dispositivos que cada tipo de regulación debe contener (si son imperativos, condicionales, positivas, negativas, de procedimiento, meramente financieras, de establecimiento de prestaciones, de organización de estructuras administrativas) para posibilitar su cumplimiento a las instancias administrativas.

La investigación pone de relieve, no obstante, la dificultad del cumplimiento de la «marea normativa», *Regelungflut*, y de la improvisación legislativa que fluye desde los distintos centros de poder legislativos.

El «legislador motorizado», como acuñó F. WAGENER (103), tiende a sobrecargar el grado de cumplimiento y, ante ello, la Administración se plantea la elección de qué norma o qué sector de una norma le conviene aplicar, consiguiéndose así un efecto contrario al perseguido (104). Sus-

(102) R. MAYNTZ, *Die Implementation politischer Programme*, «Die Verwaltung», núm. 10, 1977.

(103) H. U. DERLIEN, en *Implementationsprobleme: Bürokratische Ineffizienz oder politische Programmefehler?*, *Verw. Arch*, 1984, pág. 254, cita a F. WAGENER, en *Der öffentliche Dienst im Staat der Gegenwart*, VVDStRL, 1978, pág. 244, que enumera las disposiciones que deben observarse para dar un permiso de edificación en Nordrhein Westfalen: 38 leyes federales, 42 reglamentos jurídicos federales, 6 reglamentos administrativos federales, 59 leyes y reglamentos jurídicos del *Land*, 16 directrices y 128 decretos.

(104) W. ZEH, *Untersuchungen zur Gestaltungswirkung von Bundesgesetzen*, *Speyer*, 1981, pág. 781.

tituir unas obligaciones o una regulación por otra, acudiendo a la técnica de la continua reforma de las normas, pone en peligro la propia seguridad jurídica y crea serias dudas sobre la vigencia de las leyes (105).

La concentración legislativa, que abrumba con su cumplimiento a la Administración, es, por lo general, la causa de la inactividad material de ésta, y provoca también la paralización de procedimientos iniciados, por constituir obligaciones o mandatos irrealizables.

Sin embargo, la inflación legislativa (106) no es tampoco elección casual y caprichosa del legislador, aunque la creación proliferante de leyes en ocasiones superficiales, o de leyes incluso de carácter reglamentista, exteriorice una crisis legislativa grave. La causa directa de la proliferación normativa se encuentra, como esbozamos ya al hablar de las autovinculaciones de la Administración, en la propia esencia del *Leistungstaat*, que se ha superado a sí mismo día a día por las tareas y funciones que debe garantizar al ciudadano, y cada nueva prestación exige inevitablemente la creación de Derecho. Pero también es cierto que no toda actividad estatal exige el mismo nivel de ordenación, por lo que sería aconsejable con mayor cautela respetar las prestaciones, funciones y tareas estatales sin sobrecargar la producción de normas, principalmente porque el primero en resentirse es el ejecutivo, que debe cumplirlas y que es quien, a la vez, ejerce la iniciativa legislativa (107). En el Estado liberal de Derecho, velar por la seguridad del ciudadano y el libre tráfico jurídico de personas y bienes suponía un ordenamiento civil y uno penal junto con sus correspondientes procedimientos de ejecución, además de una actividad de policía que garantizase tales libertades, que no precisaba un elevado número de leyes. En cuanto al Estado comienza a preocuparle el bienestar ciudadano en sentido amplio, principalmente la seguridad económica y la igualdad social, el aumento de la actividad legislativa es inevitable.

K. EICHENBERGER señaló ya en 1969 que el *Leistungstaat* no conoce fronteras, pues se deja impulsar por una sociedad exigente, a cuyos miembros, que constantemente plantean nuevas pretensiones, satisface a través del bienestar y de la técnica (108), con funciones que experimentan una tendencia a extenderse. U. SCHEUNER, por su parte, puso de manifiesto que el creciente desarrollo de las funciones estatales condi-

(105) H. U. DERLIEN, *op. cit.*, pág. 263, resalta el reproche recientemente lanzado por el Tribunal Constitucional federal (B Verf. GE, 48, 1) al legislador federal, que emprende por tercera vez la reforma de la ley sobre la leche y la grasa (*Milch und Fettgesetzes*) sin recordar que la ley ya había perdido su vigencia.

(106) K. HUBER, *Gesetzesinflation?*, Civitas, 1977, págs. 409 y 421.

(107) H. NEF significa que la producción normativa en materia económica, laboral, circulación, energía y policía en sentido amplio abarca el 36,8 por 100 del contenido de los volúmenes 1971-1975 de la colección legislativa suiza (civil y penal, el 6,7 por 100) y el 60 por 100 del contenido de los volúmenes 1976-1980 (civil y penal, el 3,9 por 100). «Die Flut der Gesetzte», en *Festschrift für K. Eichenberger*, 1982, pág. 561.

(108) K. EICHENBERGER, «Leistungsstaat und Demokratie», en *Der Staat der Gegenwart. Ausgewählte Schriften von K. Eichenberger*, Basel, Frankfurt, 1980, págs. 56, 62 y 63.

ciona la vida social, a través de su intervención, y el descubrimiento de nuevos ámbitos de regulación jurídica en el terreno de las prestaciones sociales, del medio ambiente, del almacenamiento y protección de datos, influye igual que las tradicionales formas jurídicas que regularon los campos de la economía, la industria, el régimen escolar o el derecho a edificar, y lanzó su lapidaria frase «al crecimiento de la actividad estatal sigue el de la legislación», pronosticando que existen pocas expectativas de disminución del número de normas; de la misma forma que vaticinaba el aumento considerable de las que regulan el sistema fiscal por ser las de apoyo de las funciones estatales, las de seguridad social y, previsiblemente, las que regulan la función pública (109).

VI. *Obligación constitucional del legislador de dictar normas ejecutables y de mantener la realidad de las mismas en tanto dura su vigencia*

Pese a que estudiaremos en otro momento las consecuencias de la omisión del poder legislativo en relación con la actividad legislativa y su influencia en la inactividad de la Administración, no podemos en este momento dejar de estudiar los efectos de una regulación incorrecta defectuosa o mejorable frente al problema general de la inactividad administrativa.

La obligación del poder legislativo de regular determinada materia surge de la existencia de una obligación constitucional, aun cuando pueda, además, acometer la regulación de las materias que crea oportunas, dentro de su libre discrecionalidad y decisión. En el campo de los derechos fundamentales, el artículo 1.1 de la *Grundgesetz* señala explícita tal obligación por lo que se refiere al desarrollo de los mismos, y recientes sentencias del Tribunal Constitucional federal sobre la reforma del artículo 218 del Código Penal (despenalización del aborto, V Verf. GE, 39, 1) y sobre seguridad e indemnidad frente a la instalación de centrales nucleares (B Verf. GE, 49, 89), consagrando el derecho a la vida y a la integridad física, confirman tal obligación legislativa (110). Consiguientemente, la obligación del legislador de mejorar o corregir las normas en que se contengan pronósticos-previsiones defectuosos, o aquellas que queden desfasadas por circunstancias sobrevenidas, se manifiesta como una consecuencia jurídica de la protección efectiva de los derechos fundamentales. La actividad legislativa debe manifestarse no sólo como creación jurídica programática, sino que debe exteriorizarse como potencia del Estado legislador que sólo viene limitada por su conformidad con la Constitución, de la que espera una actividad sin defectos no sólo por el peso de su función, sino por el contenido de la misma, al que se puede llegar a través del consenso político (111).

(109) U. SCHEUNER, «Die Funktion des Gesetzes im Sozialstaat», en *Festschrift für Hans Huber*, Berna, 1981, pág. 128.

(110) F. OSSENBÜHL, *Der Art. 218 StGB vor dem Bundesverfassungsgericht*, Heidelberg/Karlsruhe, 1979, pág. 216, editado por ERHARD, FUNKE.

(111) P. BADURA, «Die verfassungsrechtliche Pflicht des gesetzgebenden Parla-

La obligación de mejorar y corregir las normas nace de la propia tarea legislativa, y no viene justificada simplemente por el hecho de que se alteren las circunstancias o se reconozca el fallo de los propios pronósticos; estas últimas serán las causas de la corrección o reforma, pero no su fundamento. Si el legislador adopta una decisión cuyos motivos son cuestionables, por nuevas circunstancias que no se dieron en el momento de dictar la ley, debe plantearse, según la Constitución, si la decisión adoptada se justifica en los momentos presentes, y, en consecuencia, con tales planteamientos *debe*, no simplemente puede, proceder a la modificación oportuna adaptada a las circunstancias, de forma que el aparato ejecutivo a la hora de actuar no permanezca inactivo o aplique la regulación más oportunista. Esta obligación, indiscutible para las materias, como vemos, que afectan a los derechos fundamentales, tiene una especial relevancia; recientemente se ha reconocido la obligación del legislador de actualizar las pensiones de los funcionarios a través de una tributación sobre tales rentas que evite la desigualdad injustificada (B Verf. GE, 54, 11, págs. 34, 39), y este cuadro de protecciones culmina con la resolución, también del Tribunal Constitucional federal (B Verf. GE, 53, 257, pág. 298), por la que se otorga a las pensiones y expectativas de pensiones la protección del derecho de propiedad, resaltando la obligación legislativa de mantener las posiciones jurídico-económicas de que se gozaba.

La obligación legislativa de mejorar las leyes y sus previsiones (112) es trasladable también a la legislación que no afecta al desarrollo de los derechos fundamentales, y aunque las consecuencias de su incumplimiento puedan ser distintas, el fundamento, sin embargo, es idéntico: la obligación legislativa de dictar normas sin defectos, acordes al peso y a la responsabilidad política asumida.

La referida actividad legislativa de constante adaptación a las nuevas circunstancias es calificada por el Tribunal Constitucional federal de *Nachfassen* (113) y *Nachbessern*, insistiendo repetidamente en su mejora y reelaboración (114). Constatar cuándo las previsiones pueden calificarse como ciertas, falsas, sustituibles o no, juega un importante papel

ments zur "Nachbesserung" von Gesetzen», en *Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel*, pág. 483; *Festschrift für K. Eichenberger*, op. cit.

(112) La decisión del Tribunal Constitucional federal 48, 89, *Kalkar Beschluss*, sobre la instalación de una central nuclear, en sus págs. 130 y 132, pone de relieve que el legislador tiene la obligación de modificar la legislación existente sobre instalación de centrales nucleares, *Atomgesetz*, adaptándola según las nuevas técnicas, pues la seguridad ciudadana así lo exige y, según se demostró en el caso objeto de conflicto, no quedaba la integridad física protegida por completo (art. 2.2 GG).

También la decisión del Alto Tribunal (B Verf. GE, 56, 54) sobre los ruidos producidos por el tráfico aéreo del aeropuerto de Düsseldorf recuerda al legislador la obligación de mejorar la legislación sobre medidas para evitar el ruido en los aeropuertos, y a la Administración, la misma indicación en su ámbito de competencias (todo ello también con fundamento en el art. 2.2 GG).

(113) B Verf. GE, 49, 89, 130 y ss.; 274, 317 (*Nachfassen*).

(114) B Verf. GE, 56, 78, y B. Verf. GE, 59, 119, 127 (*Nachbessern*).

y para ello es preciso acudir a las disposiciones mismas. Según R. STETTNER (115), serían agrupables en los siguientes supuestos:

- a) defectuosa determinación de supuestos de hecho;
- b) previsión defectuosa reconocible *ex ante*, y
- c) previsiones defectuosas reconocidas *a posteriori*.

El fundamento de la obligación de reformar las previsiones y defectos legislativos detectados reside, para STETTNER (116), en el traslado de categorías constitucionales. Las leyes que afectan a los derechos fundamentales (y éstas son normalmente las que regulan toda la política económica y social; garantizan, según la *Grundgesetz*, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de empleo, la libertad de reunión y de asociación, así como el derecho de propiedad) se considera que contienen los principios de una *dirigierden Verfassung*, por lo que deben estar sometidas a las reglas de adecuación, necesidad, proporcionalidad, claridad y exigibilidad. En el momento en que la ley pierde su finalidad, o la razón de regular la materia determinada, porque los elementos básicos o las circunstancias de hecho han cambiado, deviene inapropiada, como sostiene P. LERCHE (117), y no puede mantenerse, según los principios del Estado de Derecho, que los derechos fundamentales queden constreñidos sin motivo. Aunque este argumento no es trasladable a la legislación que no afecta a los derechos fundamentales, no puede admitirse, hablando de la función estatal en su totalidad, que a través del aparato legislativo exterioriza una voluntad responsable en todas sus decisiones y no limitada en exclusiva al perfecto y responsable despliegue de derechos fundamentales, que la responsabilidad decaiga o sea inferior cuando se trate de regular materias que no afecten a este tipo de derechos. Desde la función ejecutiva no puede pedirse al legislativo una conducta responsable explícita y realizable cuando la Administración debe ejecutar leyes cuyo cumplimiento afecte a los derechos fundamentales y, por el contrario, aplicar o ejecutar disposiciones caducas cuando se trata de materias distintas.

Queda por resolver, por último, cuál sería la conducta administrativa aconsejable, o incluso obligada, frente a disposiciones legislativas que han perdido realidad o efectividad por modificación de las situaciones de hecho. De plano habría de rechazarse la conducta inactiva; bien es cierto, sin embargo, que es difícil de exigir actividad administrativa conforme a la norma cuando a la vez se está comprobando que fallan sus

(115) R. STETTNER, *Die Verpflichtung des Gesetzgebers zu erneuten Tätigwerden bei fehlerhafter Prognose*, DV Bl, 1982, pág. 1123; la defectuosa delimitación de los supuestos de hecho se recoge en la sentencia B Verf. GE, 36, 47; las previsiones defectuosas reconocibles *ex ante*, en la B Verf. GE, 7, 377 (*Apothekenurteil*), y las previsiones defectuosas reconocibles *a posteriori*, en la B Verf. GE, 16, 130, donde se impuso al legislador la modificación de las circunscripciones electorales.

(116) R. STETTNER, *op. cit.*, pág. 1126.

(117) P. LERCHE, *Das Bunderverfassungsgericht und die Verfassungsdirektiven* Zu den *nicht erfüllten Gesetzgebungsaufträgen*, AöR, 90, 1965, pág. 369.

sistemas de previsión; de otro lado, la decisión administrativa que recayese podría resultar viciada por falta de habilitación normativa.

La iniciativa legislativa del ejecutivo, como emprendedor de la revisión normativa exigible por la variación de las circunstancias y como primer observador de éstas, respondería a ello. Aunque otra respuesta a esta cuestión podría hallarse, en parte, en las previsiones constitucionales que permiten a la Administración un ámbito progresivo de apreciación de circunstancias que se conforma de manera dinámica, como ya dijimos al hablar de la reserva de ley, que permitiría a ésta poner al día la ejecución de la ley, adaptando su actuación a las circunstancias de hecho, siempre que la legislación viniera referida a cláusulas generales que hicieran preciso el uso de conceptos jurídicos indeterminados (118). Por otra parte, cabría recordar que decisiones del Tribunal Constitucional federal han declarado también la obligación administrativa de mejorar las determinaciones de su propia normativa, en el marco de sus competencias, y de crearla, caso de no existir, si afectase a derechos fundamentales (119). De lo anterior podría concluirse la existencia de una obligación administrativa genérica, también, de mejora de sus propias normas.

Directamente relacionado con los problemas del cumplimiento de la ley expuestos, podría hablarse de las técnicas legislativas que actualmente, y en creciente sensibilidad, ocupan a la doctrina en el estudio de la calidad de las leyes y normas en general. De la norma como programa depende el éxito político, y de su calidad, la correcta ejecución, cumplimiento; en suma, su éxito.

Desde el aspecto que nos interesamos, de la calidad de las leyes pen- de en su mayor parte la conducta administrativa eficiente y sin omisiones; de su estudio se ocupa en la RFA la llamada teoría de la legislación (120).

CAPITULO TERCERO

LA ACCIÓN FRENTE A LA INACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN.

LA CUESTIÓN DEL DERECHO SUBJETIVO

I. *La problemática del derecho a exigir una conducta administrativa activa*

La conducta administrativa inactiva y sus efectos no pueden examinarse aisladamente de la garantía jurisdiccional de los particulares y de

(118) P. J. TETTINGER, *Überlegungen zu einem administrativen Prognosespielraum*, DV Bl, 1982, pág. 422.

(119) B Verf. GE, 56, 54, declara la obligación de mejorar los ruidos del aeropuerto de Düsseldorf a los órganos estatales (aunque especialmente al legislador).

(120) Sobre ello pueden verse: U. KARPEN, *Zum gegenwärtigen Stand der Gesetzgebungslehre in BRD*, en «Zeitschrift für Gesetzgebung», núm. 1, 1986, C. H. Beck; H. SCHNEIDER, *Gesetzgebung*, 1982; C. BOHRET y W. HUGGER, *Test und Prüfung von Gesetzentwürfen*, C. Heymanns, 1980; W. HUGGER, *Gesetze-Jhre Vorbereitung Abfassung und Prüfung*, Nomos, 1983.

las vías jurídicas para pretender su control, consecuentemente, de la actividad. Pese a que ello supone entrar de lleno en las vías procesales de que el particular puede valerse, consideramos oportuno comenzar su estudio por lo que constituye su premisa: el derecho que asistirá al particular a pretender ante la jurisdicción contencioso-administrativa una determinada conducta, una determinada actividad o prestación administrativa.

La protección jurisdiccional, como es sabido, ha corrido paralela a los límites y al contenido de la legitimación procesal, precisando que el particular se sitúe en determinadas condiciones frente al acto administrativo u omisión del que procede la lesión. Las leyes procesales limitan los procedimientos a la protección de aquellos intereses cuya lesión represente lesión de derechos subjetivos (121), lo que resulta, en principio, acorde con la interpretación que tradicionalmente se ha otorgado al artículo 19.4 GG, *in seinen Rechten verletzt wird*, que abre la vía jurisdiccional a quien resulte lesionado en sus derechos subjetivos. Ello equivale a señalar que existen dos presupuestos o condiciones de cuyo ensamble depende el acceso a la protección jurisdiccional: el acto ilícito y la lesión que éste produzca en los derechos subjetivos (o su equivalente, que los derechos subjetivos del particular se vean afectados por la conducta ilícita).

De esta doble condición se hizo depender la garantía jurisdiccional ya tempranamente (122), y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional federal ha reiterado que la ausencia de un derecho que pueda ser lesionado cierra la vía de la protección jurídica, significando, además, que el artículo 19.4 GG expresa la garantía jurídica en interés del individuo, cuya lesión por el ejecutivo puede ser hecha valer en un proceso determinado (123). Según ello, el artículo 19.4 GG cierra también la vía a las acciones populares, ya que en estas acciones el autor no hace valer un derecho propio y el citado precepto sólo garantiza la protección jurisdiccional y la legitimación procesal del lesionado.

K. A. BETTERMANN (124) advierte que tal interpretación no pugna con la esencia del propio artículo 19.4 GG, puesto que este precepto no garantiza derechos por sí mismo, sino que condiciona los derechos protegibles. Sin embargo, desde el punto de vista constitucional de las relaciones Estado-individuo, debe resultar favorecida, en casos de duda, aquella interpretación que concede al individuo la ventaja o el beneficio de la protección jurídica. Esta presunción en favor de un derecho público subjetivo (B Verf. GE, 15, 281) está provista de un doble contenido: por una parte, en los actos administrativos de beneficio enmarcados en el ámbito de la Administración prestacional, encierra una presunción frente a la discrecionalidad misma, dando por sentado la obligación adminis-

(121) G. C. VON UNRUH, *Verwaltungsgerichtsbarkeit im Verfassungstaat*, Milán, 1984, pág. 54.

(122) MAUNZ/DÜRIG/HERZOG, *Grundgesetz*, 2.ª ed., Rdn 18 c.c., art. 19.4.

(123) K. A. BETTERMANN, *Art. 19, Abs. 4 GG in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes*, AÖR, núm. 96, 1971, pág. 541.

(124) K. A. BETTERMAN, *op. cit.*, pág. 543.

trativa de otorgar las ventajas o prestaciones que corresponden; de otra parte, puede significar también la presunción en favor de un derecho subjetivo del particular, frente a un mero efecto reflejo o situación de destinatario del mismo. Según BETTERMAN, existen, no obstante, inconvenientes para atribuir o deducir esta presunción global del artículo 19.4 GG, ya que este precepto garantiza el derecho procesal de acudir ante el juez y no prejuzga ni declara el estado, el contenido y el ámbito de los derechos; el propio Tribunal Constitucional federal tiene declarado (B Verf. GE, 4, 343) que la vía jurisdiccional que abre el artículo 19.4 GG es la vía hacia los Tribunales, *Rechtsweg bedeutet den Weg zu einem Gericht*.

HENKE resalta cómo tradicionalmente los derechos subjetivos han sido planteados no como los derechos frente a la Administración, sino como la protección de que puede gozarse frente a las intrusiones de la Administración, y cómo la cuestión ha sido siempre planteada desde un punto de vista formal, marcadamente influida por las leyes procesales: el derecho público subjetivo ha sido presupuesto procesal y a la vez clave del éxito de la pretensión. A quien podía hacer valer un derecho subjetivo le era otorgada la legitimación procesal, lo que equivale a señalar que quien es lesionado en sus derechos subjetivos puede obtener una sentencia favorable en el pleito (125).

Esta premisa de partida es esencial para el curso de nuestra investigación, pues debe analizarse hasta qué punto existe un derecho genérico al cumplimiento de las leyes y a la exigencia de la actividad administrativa o si, por el contrario, la acción para pretender tal actividad es atribuible solamente a quien siendo titular de derechos subjetivos se ve lesionado a través de la conducta inactiva. Para resolver la cuestión es preciso acudir a la naturaleza de las relaciones Administración-particulares, que se fundamentan exclusivamente en la ley. Las leyes dictan a la Administración normas de actuación que habilitan su actividad frente a los particulares, en tanto que otorgan al individuo a quien afectan, en la extensión en que se regula, un derecho a exigir de la Administración una acción u omisión (126). Las condiciones bajo las que surge el derecho a exigir la acción, a accionar frente a la omisión, están en estrecha relación con los intereses públicos a los que se dirige toda actuación administrativa regulada por el Derecho Administrativo, ya que la

(125) W. HENKE, *Das subjektive öffentliche Recht*, Mohr-Tübingen, 1968, pág. 66.

(126) H. MAURER, en *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4.ª ed., C. H. Beck, 1985, señala cómo ha sido concretado el artículo 19.4 GG por la jurisdicción contencioso-administrativa. Las demandas contra actuaciones ilícitas de la Administración, según el artículo 42 VwGO, son admisibles cuando el autor se ve afectado en sus derechos, y en el artículo 113 VwGO pueden fundamentarse las acciones solamente cuando existe lesión de derechos. Los artículos 42 y 113 VwGO son aplicables directamente a las *Anfechtungs* y *Verpflichtungsklagen*, aun cuando pueden basarse en ellos, en general, las *Leistungsklage*.

El artículo 42 VwGO cierra, según la teoría dominante, la admisión a las acciones públicas; finalmente, la lesión a los intereses económicos, políticos, estéticos o cualesquiera otros no puede mantenerse en una demanda, ya que es preciso que la lesión se dirija a intereses jurídicamente protegidos que sirvan de apoyo de derechos subjetivos.

teoría de los derechos subjetivos contempla el nacimiento de éstos cuando la obligación impuesta por la norma (que exige una actuación determinada a la Administración) no es impuesta en razón de los intereses públicos, sino en razón de los intereses individuales. Ahora bien, cuando la norma atribuye ventajas individuales, no siempre fundamenta derechos subjetivos, sino que en ocasiones atribuye efectos reflejos favorables, en terminología de BACHOF (127). Derechos subjetivos surgen únicamente cuando las ventajas en favor del particular son legalmente queridas por el ordenamiento, y para deducir su existencia es preciso contestar a dos cuestiones: primera, si existe una norma que obligue directamente a la Administración a un comportamiento determinado, y segunda, si la referida norma sirve a intereses individuales de personas concretas (128). ERICHSEN-MARTENS añaden a estas cuestiones otras de importancia como son que la norma sirva a intereses individuales, además de a aquellos otros generales a los que va dirigida, y que el poder que la norma otorga al individuo sea dirigido a hacer cumplir los intereses jurídicamente protegidos frente a todos los obligados por ella (129). El derecho del titular de intereses jurídicamente protegidos a hacerlos valer en juicio no es discutible ya bajo la vigencia del régimen constitucional, pues el artículo 19.4 GG y las restantes determinaciones que regulan las relaciones Estado-ciudadanos son suficiente prueba de ello.

De todo lo anterior podemos deducir, en principio, que la acción que el particular puede dirigir frente a la Administración para conseguir una determinada conducta activa ha de enfrentarse, en primer lugar, con la premisa de si la conducta inactiva lesiona derechos subjetivos o intereses jurídicamente protegidos que fuercen aquéllos o que provoquen efectos beneficiosos directamente queridos por la norma.

Nótese que se hace depender la acción de cumplimiento de la existencia de estos derechos y no a la inversa, es decir, presumiendo la existencia de un derecho indirectamente otorgado por el ordenamiento encaminado a obtener o a provocar, a través de su acción, el cumplimiento de la ley. Esta última postura, difícil de mantener en los términos en que se enuncia, no ha dejado de preocupar a la doctrina, que, pese al tradicional arraigo de los derechos subjetivos e intereses protegibles, considera y se plantea la necesidad de buscar términos sustitutivos que

(127) D. BACHOF, «Reflexwirkungen und subjektive Rechte im öffentlichen Recht», *Gedächtnisschrift für Walter Jellinek*, Munich, 1955, pág. 288.

(128) H. MAURER, *op. cit.*, pág. 118, contesta a esta doble cuestión precisando que no existe problema interpretativo allí donde la ley expresamente determina que existe la protección de tal interés o derecho, como, por ejemplo, ocurre en el artículo 4 BSHG, en que el propio texto de la ley establece *Anspruch auf Sozialhilfe*, reconociendo el derecho a las prestaciones sociales; en otros casos, el esfuerzo jurisprudencial ha señalado cuáles son los intereses individuales protegibles, y la casuística ha consagrado el del colindante en el derecho a edificar, el del concurrente en el campo del comercio y empleo, el del régimen de las subvenciones, y las pretensiones *auf Tätigwerden der Verwaltung*, o encaminadas a obtener una conducta administrativa activa.

(129) H. V. ERICHSEN y W. MARTENS, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 6.ª ed., W. de Gruyter, Berlín, 1983, pág. 149.

eliminen la carga iusprivatista del derecho subjetivo, especialmente en la Administración contemporánea, cuyos fines y métodos son radicalmente distintos a los que utilizó en su momento el Estado de Derecho. Tímidamente, sin embargo, en diversas ocasiones se ha planteado la posibilidad de perfilar un derecho genérico al cumplimiento de la ley del que podría derivarse un derecho a la actividad de la Administración.

II. *El derecho al cumplimiento de la ley*

Tal como adelantamos al hablar de conducta administrativa y reserva de ley, y de la ausencia de poder administrativo independiente de ésta, la relación del administrado a la hora de exigir la actividad de la Administración se ve dificultada en muchas ocasiones por el escollo que representan los derechos subjetivos.

En numerosas ocasiones se ha planteado la doctrina la posible existencia de derechos públicos subjetivos al cumplimiento de la ley, lo que nos serviría, aunque sólo en parte, para preguntarnos a la vez la posible existencia de los derechos públicos subjetivos a la exigencia de la conducta administrativa activa. Pero invariablemente nos encontramos con que el análisis de las acciones para exigir la conducta activa se efectúa, aunque de forma distinta, bajo el prisma del nacimiento y origen de lo que constituirían los derechos reaccionales, puesto que la infracción de ley cometida por la Administración viene determinada, en parte, por la transgresión de una obligación administrativa, lo que inevitablemente obliga a replantearse hasta qué punto y bajo qué condiciones podría existir un derecho subjetivo al exacto cumplimiento de la ley (130).

Como señalaba H. RUPP, los derechos subjetivos al cumplimiento de la ley tienen su origen y se rigen por régimen distinto que los derechos subjetivos reaccionales propiamente dichos y, aunque procesalmente las pretensiones dirigidas al cumplimiento de la ley pueden contemplarse como pretensiones contra la negación de conducta determinada, deben tratarse de forma independiente (131).

Formalmente, cuando una norma obliga a la Administración frente al administrado, conforma para éste un *status* de libertad cuyos límites no debe aquélla traspasar; llegado el caso de que éstos fuesen desconocidos por la Administración, surgen los derechos reaccionales que la obligan a volver al límite de sus obligaciones. Considera este autor que no es aplicable al caso que nos ocupa la argumentación concreta en la que se fundamentan los derechos reaccionales, por cuanto es necesario hacer entrar en juego el principio de legalidad e intentar describir la

(130) H. RUPP, *Grundfragen der heutigen Verwaltungslehre*, Mohr, Tübingen, 1965, pág. 262, señala que así se ha analizado tanto por doctrina como por jurisprudencia.

(131) H. RUPP, *op. cit.*, pág. 263, pone de manifiesto cómo la *Anfechtungsklage* serviría de vehículo para ello. Una clasificación y descripción exhaustiva del sistema de control de los actos administrativos en Alemania puede verse en A. NIETO, *La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo*, núm. 37 de esta REVISTA, 1962.

obligación administrativa de actuar y las consecuencias de su desviación u omisión en el ámbito del mandato legal. Ello equivale a poner el énfasis de la argumentación en la obligación del cumplimiento de la ley, no en las consecuencias de su vulneración o infracción; de esa forma los derechos subjetivos al cumplimiento de la ley no aparecen como pretensiones reaccionales frente a su infracción, sino como consecuencia inmediata del principio de legalidad, cuando el interés general que pretende la norma coincide con el interés individual (131).

El abandono de los argumentos y de la doctrina de los límites, y consecuentemente del fundamento de los derechos reaccionales, traslada la fuerza y el fundamento de los derechos subjetivos al cumplimiento de la ley al ámbito del «poder» y del «deber». De esa forma, cuando el individuo, bajo determinadas condiciones, está investido para pretender el cumplimiento de funciones administrativas concretas, es porque la ley administrativa se ha desprendido de los moldes de ley como límite del poder y se ha imputado a sí misma una función que, en terminología de MENGER, expresa un deber para la Administración prestacional (132). Observada la ley administrativa bajo esta perspectiva, según RUPP, se está en condiciones de estudiar los derechos subjetivos dirigidos al cumplimiento de las obligaciones legalmente impuestas.

Al analizar las condiciones bajo las cuales, según RUPP, surgen los derechos subjetivos a que nos estamos refiriendo, creemos que es válido emplear, aunque en parte, los argumentos sobre los cuales se asienta la tesis de los derechos reaccionales. En efecto, se parte para estructurar éstos de si la determinación legal —en el bien entendido de su conformidad constitucional— sirve a los intereses individuales o, por el contrario, sirve exclusivamente a los intereses generales; teniendo en cuenta, por supuesto, que por interés individual debe entenderse no sólo el del especialmente favorecido por la norma, sino también el del tercero que resulta indirectamente beneficiado por ella. De esa forma, siempre que el cumplimiento de la norma produce una ventaja o mejora individual, o si los intereses a que ésta afecta son susceptibles de protección, surge en correspondencia un derecho subjetivo a exigir su cumplimiento (133). Por su parte, JESCH (134) señalaba que cuando el individuo dispone de un derecho subjetivo a una prestación determinada porque se han dado las condiciones de hecho que la motivan, la negativa u omisión de la misma constituye un acto antijurídico que, consecuentemente, lesiona

(131) H. RUPP (citando a JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2.ª ed., pág. 114), *op. cit.*, pág. 265, señala que «toda actuación estatal es actuación según el interés general, que no tiene por qué coincidir con el interés individual, aunque ello ocurra en ocasiones. Cuando ambos intereses coinciden, y así se reconoce por el Estado, garantiza éste en congruencia al individuo una acción sobre su propia actividad».

(132) Cita de H. RUPP, *op. cit.*, pág. 265.

(133) H. RUPP, *op. cit.*, pág. 272, afirma, además, que, en determinados casos, los derechos subjetivos frente al cumplimiento y ejecución de una obligación normativa pueden conceptuarse como pretensiones de defensa del derecho fundamental a la libertad. Este sería el caso del derecho subjetivo al permiso de edificación.

(134) D. JESCH, *Gesetz und Verwaltung*, 2.ª ed., Mohr, Tübingen, 1968, pág. 228.

derechos subjetivos, contra el que se despliega una perfecta protección jurisdiccional según el artículo 19.4 GG.

No podemos dejar de resaltar que los anteriores argumentos nos recuerdan los que BACHOF (135) utiliza al analizar las ventajas, *Begünstigen*, que el derecho positivo otorga, y que pueden constituirse en auténticos derechos subjetivos; por mucho que se pretenda separar el fundamento de los derechos subjetivos al cumplimiento de la ley del de los derechos reaccionales, nos preguntamos si el derecho subjetivo al cumplimiento de la ley, que en determinadas condiciones significa para el individuo una ventaja cuando la Administración actúa, no es en lo esencial idéntico al derecho reaccional, ya que cuando ésta no actúa, infringiendo el mandato normativo, se origina la lesión que lo convierte en reaccional.

III. *Dificultad de mantener un derecho al cumplimiento de la ley*

Pese a que el artículo 19.4 GG intenta una protección jurídica completa frente a la actuación administrativa, es necesario partir de la relación jurídica administrativa para mostrar un cuadro prácticamente contrario al que se acaba de exponer, que, en lugar de buscar la vía de un posible derecho genérico al cumplimiento de la ley, niega toda posibilidad de que éste pueda ser conformado, precisamente porque la relación jurídico-administrativa surge exclusivamente de la ley.

HENKE (136) señala que el contenido de la relación Estado-ciudadano viene determinado por la ley y bajo el doble aspecto interno y externo de que gozan las leyes de Derecho público, desde el primero de ellos, marcan obligaciones y mandatos a la Administración y, desde el segundo, establecen determinaciones que concretan la relación entre la Administración y los ciudadanos afectados, *Betroffenen*, fundamentando los derechos subjetivos del individuo, al igual que ocurre con las leyes de Derecho privado. De tal relación han desaparecido los privilegios o cualquier otro derecho anterior a la ley que pudiera esgrimirse. Si las leyes garantizan al ciudadano frente a la Administración, el derecho subjetivo no puede conformarse sólo como una mera acción, de forma que cuando la Administración produce una determinada lesión o ejerce una conducta ilícita, ésta no sólo va dirigida contra un derecho frente al que se transforma en acción de defensa del mismo, sino que va dirigida también contra la ley. En cuanto la infracción afecta realmente al particular en sus asuntos, y en cuanto se dirige contra la ley que en ese aspecto concreto constituye la relación entre Administración-ciudadano, se está tratando de una infracción de derechos subjetivos fundados en aquella ley. Por ello, cuando el particular demanda a la Administración es sólo consecuencia procesal, pero no fundamento, de

(135) O. BACHOF, *op. cit.*, pág. 288.

(136) W. HENKE, *op. cit.*, págs. 56, 57.

un derecho material. Como en el Derecho privado, el contenido de ese derecho se deriva de la ley, por lo que no puede cuestionarse la existencia de derechos subjetivos genéricos. No puede hablarse de un derecho genérico al cumplimiento de la ley, como no puede hablarse de un derecho genérico frente a la Administración dirigido a la observancia de las leyes, a la subsanación de las medidas ilegales y su reparación, o semejantes (137). La casuística que la jurisprudencia ha consagrado, en la que se acuñan las pretensiones ejercitables que pueden entenderse bajo la protección del artículo 19.4 GG por tratarse de intereses jurídicamente protegibles, incluye las que se dirigen a exigir una conducta administrativa (138).

Tal admisión es la que con mayor fuerza puede oponerse a la tesis que pretendiera esgrimir la existencia de derechos subjetivos genéricos al cumplimiento de la ley, ya que, de ser así, el esfuerzo jurisprudencial no hubiera debido de dirigirse a la interpretación de cuándo las omisiones de actuaciones administrativas lesionaban intereses jurídicamente protegibles, sino, inversamente, a la admisión pura y simple de acciones populares dirigidas contra la conducta inactiva genérica. Cabe, pues, en principio, determinar que la individualización de intereses es pieza clave para la exigencia de la conducta activa, y que no es susceptible de alegarse infracción de interés general en apoyo de pretensiones genéricas al cumplimiento de la ley cuando no existe una lesión individualizada a un derecho subjetivo o a intereses jurídicamente protegibles, provocada por la inactividad de la Administración.

Es cierto, sin embargo, que esa afirmación admite sus matizaciones desde dos puntos de vista: por una parte, la crisis de los derechos subjetivos, o, cuanto menos, las tendencias actuales, que tienden a ampliar el campo de los derechos subjetivos e incluso a intentar sustituir tal concepto, y, por otra, el impacto que la lesión produce cuando la omisión o inactividad administrativa se produce en el campo de los derechos fundamentales.

Desde el primero de los aspectos citados, en 1973 se pusieron de manifiesto por LORENZ (139) las tendencias actuales que de una u otra forman objetivizan las posturas tradicionales, tomando parte decididamente por la sustitución del derecho subjetivo. Analizando una tras otra, dicho autor logra demostrar que, en el fondo, se trata de variaciones de la misma que no pretenden ni consiguen sustituirla.

Entre ellas caben resaltar las concepciones que sitúan al individuo como eje y fin del ordenamiento, por lo que cualquier lesión objetiva que el individuo reciba, además de lesionar su esfera o situación subjetiva, lesiona la totalidad del ordenamiento; de esa forma, cualquier individuo, o la colectividad, pueden revelar su interés en la reparación de la conducta antijurídica. Según esta tesis, de la que es representante

(137) W. HENKE, *op. cit.*, pág. 57; H. V. ERICHSEN-MARTENS, *Allgemeines...*, *op. cit.*, pág. 148.

(138) H. MAURER, *op. cit.*, pág. 118.

(139) D. LORENZ, *Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie*, C. H. Beck, Munich, 1973.

KOHLMANN (140), no existe necesidad ni espacio para los derechos subjetivos. La crítica a esta posición se fundamenta, según LORENZ, por lo que supone de abandono de las características esenciales que, según la GG, componen la personalidad humana, es decir, la capacidad y la necesidad del ejercicio de la propia responsabilidad y determinación, en beneficio de la primacía del derecho objetivo.

Otra de las doctrinas que niegan la existencia de los derechos subjetivos es aquella que conceptúa los derechos fundamentales, y en su consecuencia los derechos subjetivos, no como consecuencia necesaria de la naturaleza humana como persona y sujeto del ordenamiento, sino, contrariamente, atribuyéndoles funciones de verificación y actualización, porque el derecho objetivo quedaría petrificado si no fuera enriquecido a través de las mencionadas fuerzas individuales. Según esa posición, que mantiene, entre otros, HÄBERLE (141), los derechos públicos subjetivos son reconocidos no en función de la realización de la personalidad individual, sino como salvaguardia de la actividad y enriquecimiento de las normas objetivas.

La última de las tendencias, sin negar las posibilidades teóricas de la figura, tiene el concepto del derecho subjetivo por superfluo, ya que considera que en el curso del tiempo ha perdido su razón de existir. Desde esta posición, SCHEUNER (142) trae en consideración cómo la jurisprudencia ha emprendido su extensión a través de la sustitución de la figura de los derechos subjetivos por la de los intereses garantizados, *gesicherten Interesses*, y afirma que, en el contexto actual, la figura del derecho público subjetivo no es más que una forma de expresión constructiva para designar la afectación, *Betroffensein*, de un interés directo como condición previa al ejercicio de acciones.

IV. Los derechos fundamentales como derechos subjetivos

Los derechos fundamentales han sido reconocidos como los derechos subjetivos por excelencia (143), y constituyen indiscutibles derechos reaccionales frente a las medidas estatales directamente dirigidas contra éstos, como las que producen lesiones a la libertad y a la propiedad derivadas de actuaciones concretas (144). Desde fechas no recientes se

(140) G. KOHLMANN, *Das subjektiv-öffentliche Recht auf Fehler freien Ermessensgebrauch*, Berlín, 1964, pág. 29.

(141) P. HÄBERLE, *Die Wesensgehaltsgarantie der Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt*, Karlsruhe, 1962, pág. 97.

(142) U. SCHEUNER, *Die Staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft*, VVDStRL, 11, 1954, págs. 63, 150.

(143) H. RUPP, *Kommentare zur Verwaltungsgerichtsordnung*, AöR, 88, 1963, pág. 484; el mismo autor, en *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre*, Tübingen, 1965, pág. 153; posteriormente, les denomina «derechos absolutos», en «Zur lehre vom subjektivem öffentlichen Recht», *Festschrift für W. Weber*, DuH, Berlín, 1974, pág. 501.

(144) H. MAURER, *Allgemeines...*, op. cit., pág. 120.

viene poniendo de manifiesto el carácter positivo que el *Leistungsstaat* imprime a los derechos fundamentales, de forma que éstos no solamente protegen y garantizan la salud, la propiedad o el empleo de cualquier intervención estatal, sino que extienden su protección frente a todos los procedimientos o conductas estatales y administrativas que puedan suponer merma o lesión de las libertades fundamentales (145).

La nueva función de los derechos fundamentales completa las tradicionales de reacción o límite, derivando, según HÄBERLE (146), la extensión de las situaciones individuales hacia un *status activus processualis*, consecuencia de la interpretación y comprensión realista de los derechos fundamentales en el Estado social de Derecho, que induce a reelaborar el clásico elemento de la «intervención» y a desarrollar nuevas formas de protección jurídica que, a la vista de las funciones prestacionales, tengan un mayor alcance que la mera «afectación» o «inmediatividad». Las nuevas formas de protección mencionadas no constituyen sólo formas de protección jurisdiccional, sino de publicidad y participación de individuo y grupos en el ejercicio de las tareas estatales. Ambos aspectos positivo y negativo o reaccional de los derechos fundamentales, que conforman la totalidad de su contenido, es en la actualidad aceptado como fundamento de la participación individual y como legitimación del ejercicio de la misma a través de la cooperación individual en la vida social y política conformadora, a la vez, de la propia voluntad política (147).

La visión positiva de los derechos fundamentales se reconoce, no obstante, dependiente siempre del actual sistema de prestaciones, de forma que no puede hablarse de un derecho de cooperación originario independiente e individual, pues en el contexto del Estado de Derecho social los derechos de participación no se conceptúan como derechos individuales de participación. Pese a ello, la *Numerus-Clausus-Urteil* (B Verf. GE, 33, 303, 330) deja abierta la cuestión de si existe un derecho individual a la creación de plazas escolares, al señalar que «cuanto más se aplica el Estado moderno a cuestiones de seguridad social y de fomento de la cultura de los ciudadanos, tanto más coloca junto a los postulados primordiales de los derechos fundamentales que garantizan y aseguran la libertad ante el Estado la exigencia complementaria de la garantía constitucional a la participación en las prestaciones estatales», consagrando definitivamente la dimensión de los derechos fundamentales también como derechos de participación, no sólo como derechos reaccionales, aun cuando el derecho a exigir su aseguramiento y desarrollo se hace depender del nivel y sistema de prestaciones estatales, lo que es de trascendental significación ante el derecho a exigir una conducta activa determinada.

Aun así resulta cuestionable si de los derechos fundamentales surgen derechos prestacionales y en qué medida, lo que se niega frecuentemen-

(145) D. GRIMM, *Verfahrensfehler als Grundrechtsverstöße*, NVwZ, núm. 12, 1985, pág. 865.

(146) P. HÄBERLE, *Grundrechte im Leistungsstaat*, VVDStRL, 30, 1972, págs. 86 y ss.

(147) K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 14.ª ed., C. F. Müller, Heidelberg, 1984, pág. 117.

te, pese a que existan corrientes que se manifiestan en esa dirección. De los derechos a prestaciones que implican concesiones determinadas pueden diferenciarse claramente dos clases: los derechos de participación y los derechos al cumplimiento de la ley. Un derecho de participación dirigido al reconocimiento de una determinada preferencia o ventaja por parte del Estado podría resultar de la aplicación del artículo 31 GG en relación con el 121 de la Norma Fundamental. Un derecho genérico al cumplimiento de la ley no puede fundamentarse desde un punto de vista constitucional. Sólo, según MAURER (148), cuando el Estado fija legalmente determinadas prestaciones, a la vista de los principios constitucionales y del principio de Estado social de Derecho, surgen los correspondientes derechos a las mismas; consecuentemente, la regulación del derecho material a las prestaciones concretas, y las cuestiones conexas de su financiación, son tarea exclusiva del legislador. El orden constitucional quedaría disminuido si sobre el contenido de aquéllas hubiesen de pronunciarse de manera múltiple y diversa, según los casos, los jueces que conocieran de cada una de las prestaciones en relación con las prestaciones.

Esta opinión es actualmente contestada por ERICHSEN (149), quien se manifiesta partidario de que al *Leistungsstaat* hay que exigirle el derecho del ciudadano a la eliminación de los riesgos, *Gefahrenabwehr*, y que, en consecuencia con ello, en el Estado social de Derecho el legislador viene obligado a reconocer a los ciudadanos derechos subjetivos a las prestaciones estatales, con fundamento en la garantía y protección del derecho de propiedad (150) y en la garantía del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, insusceptible de completarse sin una continua eliminación de los riesgos.

Volviendo al motivo principal que nos induce a efectuar estas precisiones sobre los derechos fundamentales como derechos subjetivos por excelencia, casi podríamos adelantar la conclusión de que, incluso en el campo de los derechos fundamentales, nos es difícil articular un derecho subjetivo a la actividad administrativa que sea susceptible de ser enunciado de manera genérica. Si el derecho a las acciones, prestaciones estatales, etc., viene determinado por la norma objetiva, de ésta proceden y nacerán los derechos subjetivos para unos y se crearán los inte-

(148) H. MAURER, *Allgemeines...*, op. cit., pág. 122.

(149) H. U. ERICHSEN, *Freiheit-Gleichheit-Teilhabe*, DV Bl, 1983, pág. 295.

(150) La referencia viene hecha a la sentencia del Tribunal Constitucional federal de 28 de febrero de 1980 (B Verf. GE, 53, 257), que incluye bajo la garantía del derecho de propiedad (art. 14 GG) las situaciones jurídicas derivadas de los seguros de pensiones y sus expectativas. P. KRAUSE, en *Eigentum an subjektiven öffentlichen Rechten*, DuH, Berlín, 1982, se plantea precisamente el alcance de la sentencia frente a las pretensiones o derechos de las prestaciones estatales, cuando a propósito de los seguros de pensiones otorga a las situaciones jurídicas a que afecta la protección del derecho de propiedad, especialmente por el significado futuro que ello tiene frente a la vinculación del legislador a la decisión del Tribunal. D. GRIMM, en *Verfassungsrechtliche Eigentumsschutz sozialer Rechtspositionen*, «Schriftenreihe der Deutschen Sozialrechtsverbandes», vol. XXIII, Wiesbaden, 1982, se plantea el alcance constitucional de la decisión.

reses para otros, que, debidamente individualizados, darán lugar a que en cada caso concreto la inactividad referida y concretada para un individuo, supuesto, acción o prestación determinada le dejará expedito el campo para exigir de los poderes públicos una conducta activa acudiendo a los Tribunales correspondientes. Al no articularse una pretensión genérica al cumplimiento de la ley y a la exigencia de conducta activa cuando la Administración omite una obligación concreta, normativa o no, en el campo de los derechos fundamentales, debe concluirse que también para éstos la exigencia de la actividad pasará por el tamiz de la legitimación procesal conocida, fundada básicamente en el derecho subjetivo o el interés jurídicamente protegible.

En resumen, ni en el campo de los derechos fundamentales podría defenderse la existencia de acción ante la actividad administrativa con base en un posible interés general o deduciendo una posible afectación al interés o derecho propio. El carácter de los derechos de participación en las tareas públicas a que antes nos referimos, como derechos originarios no anteriores a la ley, sino reconocidos por ésta, induce a sustentar esta opinión. Pero debe advertirse que se va poniendo de manifiesto una corriente de opinión cada vez más generalizada que intenta romper, e incluso sustituir, el viejo dogma de los derechos subjetivos, en franca crisis, transformándolo, en lo posible, en una figura que sea susceptible de revelar la proximidad de la infracción, la lesión, el ilícito, a los derechos e interés al ciudadano, y el grado de afectación que en esos derechos e interés produce (151).

Por otra parte, si la idea de la participación en las tareas estatales,

(151) En relación a este tema hay que señalar que, en general, se ha puesto de manifiesto el derecho fundamental del individuo a exigir una conducta activa de las autoridades administrativas, en protección de las libertades fundamentales, basada en la intervención policial, habilitada para proteger no sólo los intereses públicos, sino también los intereses privados de los posibles afectados; el derecho o pretensión de carácter constitucional a un comportamiento positivo de la Administración en protección de las libertades y orden jurídico no está limitado al ámbito del derecho de policía, sino que alcanza a toda actividad administrativa, en el caso de que las libertades públicas se vean amenazadas, y la autoridad administrativa sea capaz de otorgar la mencionada protección. (Tal resulta ser el caso debatido de estudiantes a quienes sus compañeros impedían la asistencia a clase o, cuanto menos, entorpecían el normal desarrollo de las mismas.) R. BREUER, «Grundrechte als Anspruchsnahmen», *Allgemeine Überlegungen zum Inhalt grundrechtlicher Ansprüche im sozialen Rechtsstaat*, en *Verwaltungsrecht zwischen Freiheit Teilhabe und Bindung; Festgabe aus Anlass des 25 jährigen Bestehens des Bunderverwaltungsgerichts*, C. H. Beck, Munich, 1978. Por su parte, W. MARTENS señala claramente cómo el individuo, como parte de la comunidad, ostenta un derecho a ser protegido a través de la policía administrativa, de la misma forma que ostenta un derecho a que le sean eliminados los riesgos que atentarían a sus libertades; precisamente porque ese derecho es conectable a una conducta determinada, en el caso de que la autoridad administrativa permaneciese inactiva, el particular puede hacer valer tal infracción (art. 42.2 VwGO) ante la jurisdicción contenciosa por la vía de la *Verpflichtungsklage* o, en general, de la *Leistungsklage*. Si de la omisión resultase perjudicado patrimonialmente en sus intereses, puede, además, ser resarcido (artículos 34 GG y 839 BGB). *Der Schutz der einzelnen im Polizei und Ordnungsrecht*, DöV, 1976, pág. 461.

o, como entre nosotros designa S. MUÑOZ MACHADO (152), de «participación en la Administración», no debe circunscribirse meramente y desde un punto de vista constitucional a la de la participación política, sino extenderse a la participación en la organización y en la adopción de decisiones, podríamos preguntarnos si un control genérico sobre la inactividad administrativa, es decir, la posibilidad de oponer frente a la inactividad el interés general vulnerado, no significaría la auténtica participación que, lejos de establecerse como una verdadera acción pública, pudiera compeler a la Administración a adoptar la disposición, decisión, etcétera, que resultase omitida. Los problemas procesales, y los abusos a que ello pudiera llevar, son corregibles por otros medios, siempre y cuando razonablemente éstos no supongan impedimento para el acceso a la jurisdicción.

Con esta apostilla a las conclusiones que exponíamos páginas atrás no creemos alejarnos mucho de las nuevas formas y concepciones que tocan ya de plano al Derecho Administrativo en la transformación operada por el *Leistungsstaat*, que ya no puede ofrecer lo mínimo o lo estrictamente vital, porque se le exige lo más seguro, lo más óptimo o aquello que lleve a un sistema de vida más fácil y menos complicado (153).

V. *Nuevas tendencias en la interpretación de los «derechos vulnerados» por los poderes públicos y las acciones ante la inactividad de la Administración*

Como es sabido, el control jurisdiccional de la inactividad administrativa guarda una estrecha relación con el acceso del perjudicado por ella a la vía judicial. En el momento en que la inactividad lesiona o afecta derechos subjetivos o intereses surge el derecho reaccional a su defensa, a exigir el comportamiento activo; esta posición viene forzada, como dijimos, por el artículo 19.4 GG y por el propio artículo 42.2 VwGO, que incide en el anterior, señalando que la «demanda sólo será admisible, salvo que legalmente se determine lo contrario, si el demandante puede hacer valer una vulneración de sus derechos a través de la desestimación de un acto administrativo o de la omisión de dictarlo». En ambos preceptos, la vía procesal se abre para quien resulte vulnerado «en sus derechos».

La interpretación de lo que actualmente se tiene por *in seinen Rechten verletzt* está sufriendo una transformación considerable a través de la cual se han llegado a admitir las acciones por lesión de intereses jurídicamente protegibles, y aquellas en que se dedujesen pretensiones referidas a derechos o intereses de una colectividad o pluralidad de personas, como ha ocurrido con las en su momento discutidas acciones de asociaciones, *Verbandklage*.

(152) S. MUÑOZ MACHADO, *Las concepciones del Derecho Administrativo y la idea de participación en la Administración*, núm. 89 de esta REVISTA, págs. 519 y ss.

(153) H. U. ERICHSEN, *Freiheit...*, op. cit., pág. 289.

Sin entrar a profundizar bajo qué condiciones los intereses se convierten en intereses jurídicamente protegibles, entre las que ha jugado un fuerte papel la denominada acción vecinal, *Nachbarklage*, donde se debatía si los intereses protegidos por el derecho de edificación eran intereses en beneficio de la comunidad o solamente del vecino o colindante que condicionaban su legitimación procesal, hemos de resaltar las acciones colectivas o de asociaciones (que, finalmente, el legislador se ha visto obligado a introducir), cuya constitucionalidad se ha puesto en duda en unas ocasiones y, en otras, han venido a justificarse en el propio texto del artículo 42.2 VwGO, es decir, sin que fuese preciso determinación legislativa que lo estableciese (154). El razonamiento es el siguiente: la asociación, como titular de intereses jurídicamente protegibles de un grupo determinado, puede proceder contra la lesión de aquéllos a través de un derecho reaccional, exactamente como el individuo contra la vulneración de los que le son propios. Consideraciones o tratamiento diferente no pueden sufrir quienes ostentan igual título: el interés jurídicamente protegible, que en el caso del grupo ha de ser interés concreto de éste, no de los individuos que los componen.

Cuándo y bajo qué condiciones existe legalmente un interés colectivo protegible ha de analizarse en cada caso concreto; lo que sí es cierto es que donde la ley protege directamente ese interés, como indica NAUMANN (155), la asociación está legitimada incluso para deducir acciones contra la omisión de la protección de tales intereses por parte de los poderes públicos; puede citarse como ejemplo el artículo 13 de la Ley contra la competencia desleal (UWG), y el artículo 13.2 de la misma Ley por lo que se refiere a las asociaciones de consumidores. WOLF (156) ha intentado demostrar cómo determinadas asociaciones, tales son las que representan intereses profesionales, disponen legalmente del mandato de la custodia de los intereses de grupo, aunque ello no releva al legislador de su obligación de decidir cuáles son y bajo qué condiciones surgen los intereses jurídicamente protegibles.

ULE analiza recientemente cómo las acciones deducibles por asociaciones que representan intereses generales han sido introducidas por ley en Bremen y Hessen, en materia de protección de la naturaleza (*Gesetz über Naturschutz und Landschaftspflege*, de 17 de septiembre de 1979, de Bremen, y *Naturschutzgesetz*, de 19 de septiembre de 1980, de Hessen) (157), aunque se manifiesta contrario a su introducción por considerar que puede dar lugar a los abusos de la acción popular. Por nuestra parte, hemos comprobado que tal afirmación resulta exagerada.

El problema que tales acciones plantean no es realmente nuevo, pues representan una brecha a la estrecha interpretación del artículo 42

(154) M. WOLF, *Die Klagebefugnis der Verbände. Ausnahme oder allgemeines Prinzip?*, Mohr, Tübingen, 1971.

(155) R. NAUMANN, *Klagebefugnis von Verbänden im Verwaltungsprozess*, DöV, 1971, pág. 378.

(156) M. WOLF, *op. cit.*, págs. 43 y 51.

(157) C. H. ULE, *Effektiver Rechtsschutz in einer funktionsfähiger Rechtspflege*, DV Bl, 1982, pág. 821.

VwGO (158). La delimitación entre las acciones deducibles por las asociaciones mencionadas y la acción popular es clara, no pareciendo ésta presentarse como figura fantasma que amenace a la jurisdicción contenciosa. La preocupación eterna por encontrar el cierre o impedimento procesal que evite la introducción de la posible acción popular ha sido, sin embargo, muy significativa. Tan significativa como el hecho de que la doctrina clásica que acotó la legitimación procesal sobre los derechos subjetivos, de la que es representativo HENKE (159), se manifiesta recientemente como sigue: «las condiciones para el reconocimiento de la certeza de lo expuesto son dobles. La primera, reconocer que la relación entre Administración y ciudadano es una relación jurídica con derechos y obligaciones, acciones y vínculos recíprocos, y desprenderse decididamente de la fórmula ya superada *in seinen Rechten verletzt* (lesionado en sus derechos), que se recoge en los artículos 42 y 113 VwGO. La segunda, esperar pacientemente mientras no sea modificado el texto de la ley».

Desde la perspectiva de la acción frente a la inactividad de la Administración, hemos de señalar que la premisa de la vulneración de los derechos como elemento de partida para la legitimación procesal no supone otra cosa que la formación de un derecho reaccional que surgiría de la propia lesión; nos preguntamos, sin embargo, qué podría ocurrir en el caso de que la inactividad no produjese directamente lesión de intereses individuales (en el hipotético caso de que omisión o incumplimiento de obligaciones administrativas pudiera resultar inofensivo para derechos o intereses). ¿No cabría al futuro destinatario de la actividad la posibilidad de denunciar la inactividad aunque de la misma resultasen indemnes sus derechos? HENKE (160) arbitra una solución intermedia entre el incumplimiento y la omisión que pone de manifiesto con claridad cómo el artículo 42 VwGO no prevé una acción directa frente al incumplimiento. Cuando se pretende la ejecución, ejercicio o recepción de una determinada prestación se acciona porque ésta no ha sido cumplida, pero no necesariamente porque haya sido lesionado en los propios derechos. Incumplimiento no debe significar lesión de derechos. Pero posiblemente se accionará para que se dicte un acto administrativo, para obtener una actuación o comportamiento formal de la Administración, aun cuando no pueda decirse que hayan sido vulnerados derechos en un sentido material de la expresión, ya que la VwGO no regula una acción directa frente al incumplimiento. La insuficiencia de la cobertura que ofrece tal legitimación es clara a pesar de la cláusula general que se reconoce en el artículo 40 del referido texto legal.

Deducir que toda inactividad o incumplimiento de obligación supone con carácter general lesión de derechos, o, por el contrario, que la inactividad no siempre lesiona directamente derechos o intereses, es a to-

(158) Pueden verse H. KRUGER, MDR, 1953, pág. 518; U. SHEUNER, VVDStRL, 11, pág. 73, en citas de R. NAUMANN, *op. cit.*, pág. 379.

(159) W. HENKE, *Das subjektive Recht im System des öffentlichen Rechts*, DöV, 1980, pág. 633.

(160) W. HENKE, *Das subjektive...*, *op. cit.*, DöV, 1980, pág. 630.

das luces vano, por lo que debe de contemplarse en cada caso concreto. Ahora bien, establecer distinciones, dando un adecuado cauce procesal a la acción, cuando ésta provoca lesión a un individuo concreto, y cerrándola cuando ésta no produce lesión o vulneración de derechos, significaría algo así como concluir que la Administración tiene obligación de cumplir la ley para evitar el perjuicio individual, pero que puede eludirla cuando este perjuicio se aleja, lo que conduciría a una irrazonable posición en la que la Administración Pública gozaría de impunidad para elegir el cumplimiento del ordenamiento, según su omisión fuese causa o no de vulneración de intereses individuales.

Para reforzar lo anterior no podemos, lamentablemente, utilizar el argumento de que los actos administrativos pueden anularse por la vía del recurso de terceros interesados, ya que éstos para poder conseguir con éxito tal anulación deben también poder hacer valer la lesión de derechos o intereses. Existe, sin embargo, un aspecto de este tema apenas resuelto, como puso de manifiesto BERNHARDT (161): la acción de terceros para exigir prestaciones a la Administración, que podría ser, en parte, trasladable al tema de la inactividad que nos ocupa, cuanto menos por la analogía que brinda la circunstancia de que los terceros puedan invocar la anulación de actos administrativos que por omisión o por acción lesionen la esfera de su interés. La dificultad estriba en que también para los terceros, cuando éstos exijan para otros prestaciones determinadas por parte del poder público, se aplica inexorablemente la regla de la afectación de los intereses individuales anclados en situaciones jurídicas objetivas que proceden de su determinación concreta en el derecho positivo, no existiendo, por tanto, ningún derecho subjetivo genérico del ciudadano a accionar frente a las intervenciones antijurídicas de la Administración, por lo que el grado de afectación en que el tercero debe de encontrarse con respecto al acto administrativo omitido es determinante de su legitimación.

De otra parte, si la actuación administrativa conforme al ordenamiento se garantiza de forma individualizada, según parece desprenderse, entre otros, del artículo 2.1 GG, la posición jurídica del tercero frente a la anulación de los actos administrativos vendrá determinada por la existencia de una norma que pueda proteger especialmente sus intereses, aunque, como señala BERNHARDT (162), tal afirmación debe ser matizada con la de que su situación jurídica debe estar directa e individualmente afectada por la acción u omisión; en el caso de que el tercero haga valer simplemente intereses de la comunidad, o alegue una lesión de su esfera de actuación que no sea digna de ser protegida, se cierra para éste la legitimación procesal.

¿Qué ocurre, pues, con las normas que expresamente protegen los intereses de la colectividad? A través de éstas es difícil delimitar el grado de interés individuo-colectividad, o, dicho en otros términos, si la pro-

(161) BERNHARDT, *Zur Anfechtung von Verwaltungsakten durch Dritte*, JZ, 1963, pág. 302.

(162) R. BERNHARDT, *op. cit.*, pág. 302.

tección se otorga a la colectividad o al individuo según parte de ella. De establecerse el interés primordialmente en la comunidad, ¿podría quedar abierta la puerta a la posible protección del interés general en lo que al control de la inactividad se refiere? En este punto concreto se centra la discrepancia entre grado de afectación y legitimación procesal, uno de los problemas que quedan por resolver en el Derecho Administrativo, incluso tratándose de normas dictadas para proteger los intereses individuales.

VI. *El derecho subjetivo al medio ambiente adecuado*

Nos introducimos en la temática del medio ambiente por una doble razón. En primer lugar, porque la protección del medio ambiente es factor creciente de conflictividad y tensión en la relación individuo-Estado, y segundo, porque las ventajas que del ordenamiento resultan en este campo vienen claramente otorgadas al individuo como parte de la colectividad, que, en unas ocasiones por desacuerdo con las medidas adoptadas y en otras por miedo a las que en el futuro puedan adoptarse, viene a estar jurídicamente interesado y a verse visiblemente afectado por las mismas, sin que siempre pueda decirse que hayan sido vulnerados sus derechos en el sentido que la legitimación procesal exige. En el ámbito del medio ambiente, el individuo en cuyo favor resultan los beneficios de la norma puede resultar tan afectado como aquel que sólo podría padecer los perjuicios del incumplimiento de la misma; tanto uno como otro forman parte de un orden general en cuyo cumplimiento están evidentemente interesados, y puede razonablemente llegar a pensarse si la garantía de la protección individual es la verdaderamente adecuada para el control de la Administración actual, desde el principio del Estado social de Derecho.

Retomando el argumento de la impugnación de actos por terceros, es criticable por qué el ordenamiento otorga al destinatario de un acto de gravamen legitimación para impugnar cualquier tipo de vulneración jurídica objetiva, y al tercero le otorga la posibilidad de accionar sólo cuando se trata de la infracción de normas especiales de protección, a pesar de que pueda verse tan afectado por el acto como el primero de ambos. En la situación constitucional actual, esta duplicidad de exigencias legitimatorias es cuestionable por su incompatibilidad con el principio de libre desarrollo de la personalidad, ya que éste no se agota en una genérica libertad de actuar, sino que comprende el derecho «a no ser objeto de un gravamen o carga por parte de los poderes públicos que no esté previamente fundado en el orden constitucional» (B Verf. GE, 9, 83, 88).

La libertad garantizada en el artículo 2.1 GG frente a las intervenciones antijurídicas de los poderes públicos es válida para ser aplicada en el orden jurídico general; por tanto, también frente a terceros cuyo núcleo de interés ha sido lesionado. Este derecho subjetivo podría por sí solo desplazar la legitimación procesal contemplada en el artículo 42

VwGO y equiparar destinatario del acto y tercero interesado en el mismo (163). Posiciones contrarias, como las de SCHWABE (164), argumentan que fundamentar esta equiparación con base al artículo 2.1 GG significa ignorar que la función reaccional de los derechos fundamentales solamente existe frente a actos de inmisión inmediata contra las libertades, no pudiendo extenderse a las que supongan o produzcan una afectación mediata. Otras, como las de WOLFF-BACHOF (165), resaltan los obstáculos para tal equiparación de situaciones jurídicas porque conduciría simplemente a la anulación de la distinción entre derecho e interés, entre orden jurídico objetivo y situaciones jurídicas subjetivas; en suma, a una acción genérica frente al cumplimiento de la ley, lo que en principio no tiene cabida en el sistema que se estudia.

Desde otra perspectiva caben argumentos que pueden llevarnos a idénticos resultados, conceptuando los derechos subjetivos como independientes de la voluntad del legislador, tal como efectúa HENKE en la obra tantas veces citada, al señalar que si la Administración infringe la ley, lesiona el orden superior, distorsiona el bienestar y la libertad individual y provoca que el individuo se sitúe frente a ella como oponente necesitado de protección y no como miembro de la colectividad, lo que ocurre cuando la Administración lesiona al individuo en lo que son sus propios asuntos, *eigene Angelegenheiten*, que se convierten así en el fundamento real de sus derechos públicos subjetivos.

A parecida conclusión llega SAILER (166) intentando desprender la finalidad protectora de la norma de la voluntad del legislador, para reconducirla a una situación objetivable que resalte con más fuerza la proximidad o el grado de afectación que la lesión provoca. El resultado de esta combinación supone el traslado de la causa conformadora de los derechos subjetivos de la norma a los hechos, resaltando sin duda la importancia fáctica de la afección, *Betroffensein*, sobre el momento normativo de creación del derecho. Desde esta perspectiva se conformaría un derecho subjetivo al medio ambiente adecuado, como derecho fundamental al medio ambiente adecuado, o derecho humano a la protección del medio ambiente de carácter internacional deducido de los artículos 1 y 2 GG, conceptuado no solamente como derecho reaccional, sino también como configurador de obligaciones estatales para su realización efectiva, que atribuye a los ciudadanos las acciones correspondientes para exigirlo, pues la protección del medio ambiente representa una verdadera obligación social, aunque algo desconocida cara a todos los derechos fundamentales (167); la valoración de la salud como un

(163) R. BERNHARDT, *op. cit.*, pág. 306.

(164) *Missdeutungen um das Elfes-Urteil des B Verf. GE und Ihren Folgen*, DöV, 1973, pág. 627.

(165) WOLFF-BACHOF, *Verwaltungsrecht*, 9.ª ed., vol. I, CH, Munich, pág. 322.

(166) Ch. SAILER, *Subjektives Recht und Umweltschutz*, DV Bl, 1976, pág. 524.

(167) D. RAUSCHNING, «Ein internationales Menschenrecht auf Schutz der Umwelt?», y H. KLEIN, «Ein Grundrecht auf Saubere Umwelt?», en *Festschrift für W. Weber*, DuH, Berlin, 1974, pág. 643; W. WEBER, *Umweltschutz im Verfassungs- und Verwaltungsrecht. Stand und Tendenzen der Gesetzgebung*, DV Bl, 1971.

Debe tenerse en cuenta que no existe en la *Grundgesetz* un mandato expreso de

bien absoluto de la comunidad tiene como consecuencia que la «libertad personal, la vida y la integridad corporal se actualizan en una sociedad industrial solamente cuando el Estado crea y mantiene las condiciones económicas y sociológicas en que aquéllas puedan ejercitarse» (168).

De lo anterior podría surgir un derecho de participación activa del ciudadano en la efectiva protección ambiental, y la admisión de acciones procesales en favor de las asociaciones constituidas en favor de la protección ambiental; el reconocimiento de un derecho fundamental a un mínimo ecológico podría traer como resultado la institucionalización de la legitimación correspondiente a quien se vea afectado por las medidas adoptadas en materia ambiental. El derecho al medio ambiente adecuado y a una existencia digna no puede conceptuarse sólo como derecho reaccional que legitimaría procesalmente para pretender el restablecimiento de cualquier situación de deterioro, sino que ha de poner en mano de los particulares la posibilidad de accionar contra la omisión de las medidas necesarias de protección, en caso de que éstas sean efectivamente dejadas de adoptar por parte de la Administración (lo que en el caso que estudiamos equivale a dejar de intervenir frente al deterioro, o frente a las causas que perjudican y deterioran el medio ambiente). Las consecuencias lesivas que individuo y colectividad sufrirían por tales omisiones producen, según KLEIN (169), un efecto reflejo que garantiza al individuo frente a la adopción de las medidas necesarias por parte de la Administración. No otra cosa se desprende del hecho de que las garantías fundamentales se extienden hoy también a las condiciones fácticas para el ejercicio de los derechos fundamentales, de forma que puede decirse que de la disminución o deterioro de éstas puede resultar vulnerado el mismo ejercicio de los derechos fundamentales.

VII. *¿Existe en el ámbito del medio ambiente un derecho al cumplimiento de la ley?*

Retomando el razonamiento de las líneas anteriores, cabría plantearse si cabe mantener un derecho subjetivo de quienes resulten beneficiados —todos y cada uno— por las disposiciones y normas protectoras del medio ambiente, articulable como un derecho al cumplimiento de la ley. La cuestión debería contestarse en términos afirmativos, tanto más si se acoge la tesis sostenida por RUPP (170), según la cual si los

protección del medio ambiente, ni el reconocimiento de un derecho al medio ambiente adecuado (digno, saludable, limpio). Solamente la Constitución de Bayern, en su artículo 141, contiene expresamente un precepto de ese tenor. El FPD propuso la inclusión en la *Grundgesetz* de un precepto que reconociese el derecho de todos a un medio ambiente digno, la especial protección jurídica a la naturaleza y la necesidad de que cualquier gravamen que se imponga al medio ambiente por causas de interés general sea determinado por ley (*Bundesinnenminister*, Boletín núm. 34, 28-3-1973).

(168) E. REHBINDER, *Grundfragen der Umweltrechts*, ZRP, 1970, pág. 255.

(169) H. KLEIN, *op. cit.*, pág. 651.

(170) H. RUPP, *Grundfragen...*, *op. cit.*, pág. 265.

intereses protegidos por la norma coinciden con los intereses individuales podría configurarse un derecho subjetivo al cumplimiento de ésta. Lo anterior equivale a sostener que cuando la norma que otorga ventajas de carácter general, protectores del interés general, coincide en su ámbito de protección con los intereses individuales de los destinatarios, a quienes a su vez otorga ventajas o beneficios concretos, se han dado las condiciones necesarias para la articulación de los derechos subjetivos correspondientes a la exigencia y cumplimiento de la ley; en suma, a una conducta administrativa activa y por lo demás lícita.

Aun cuando los anteriores argumentos no justificaren plenamente la constitución de derechos subjetivos al cumplimiento de la ley, la situación de interés inmediato en que se encontraría el hipotéticamente favorecido por la norma, y el grado de afectación que soportaría, en el supuesto de que ésta se incumpliese por omisión, daría plenamente lugar a que el individuo pudiera considerar vulnerados sus derechos en el sentido del artículo 19.4 GG, y legitimado para ejercer la acción de inactividad en el sentido del artículo 42 VwGO.

Las referencias que se efectúan a la temática del medio ambiente, al que habremos de continuar aludiendo cuando hablemos de la inactividad legislativa, como causa posible de la inactividad de la Administración, que concluye por lesionar derechos o intereses individuales, serían extensibles a toda normativa que estableciese ventajas de tal régimen cuya infracción u omisión por parte de la Administración suponga una disminución de beneficios para los particulares. Son, por lo general, las normas que protegen las condiciones de desarrollo de la integridad corporal las que representan sustancialmente este tipo de ventajas, dirigidas directamente a servir a la protección ambiental, como respuesta constitucional que custodie la escasez de espacio habitable y repela los deterioros que éste pueda sufrir por causa de la moderna civilización (171).

Tras todas estas afirmaciones cabe preguntarse, como en ocasiones ha ocurrido (172), si está próxima a aparecer en esta materia una auténtica acción popular ante la imposibilidad de precisar el ámbito físico y

(171) Como ejemplo característico de normas dirigidas a contemplar el interés general suele citarse el de la BImSch G de 15 de marzo de 1974 (*Bundes-Immissionschutz-gesetz*), modificada en 13 de marzo de 1980, según la cual la garantía de la integridad corporal se manifiesta a través de un mínimo de inmisión en las libertades que dicha ley protege; la pretensión de que las instalaciones que se autoricen, de cualquier clase que fueren, no produzcan efectos nocivos para la comunidad ni para la vecindad más próxima, convierte a éstos no sólo en interesados directos en el cumplimiento de las condiciones de protección, sino también en afectados hipotéticamente por el incumplimiento de las mismas, vulnerados en sus derechos y provistos de legitimación para accionar por inactividad administrativa.

Podrían citarse, además, la BBau G (*Bundesbaugesetz*) de 18 de agosto de 1976, en su redacción de 6 de julio de 1979, que regula la ordenación del suelo en cuanto a la edificación; la WHG (*Wasserhaushaltgesetz*) de 16 de octubre de 1976, sobre aguas; la AtG (*Atomgesetz*), sobre energía nuclear, en su redacción de 31 de octubre de 1976; el TALuft, de 28 de agosto de 1974, prescripciones técnicas generales para la aplicación de la BImSch G.

(172) Ch. SAILER, *op. cit.*, pág. 531.

personal de afectados. Tarea de la jurisprudencia es precisar si el ámbito de la afección personal coincide exactamente con el espacio físico concretado por la norma, dentro del cual podrían verse realmente afectados quienes sufrieran daños por acción u omisión.

Curiosamente, en la temática del medio ambiente puede observarse una clara traslación terminológica del concepto del derecho subjetivo al de la afección, como clave de la legitimación procesal, que ha supuesto una nueva carga para los Tribunales administrativos, que actualmente se encuentran en su segunda fase de protección jurídica: la de los intereses públicos. Superada la primera fase de protección de las garantías jurídicas individuales, hoy en día la jurisdicción administrativa constituye la garantía del interés jurídico del individuo como parte de una totalidad, como parte de un núcleo de colectividad perfectamente previsible. Como consecuencia de un número cada vez mayor de normas, se dirige a la protección del interés general, situando en éste las ventajas que otorga. Con ello se llega, a su vez, a una renuncia a la individualización concreta de la lesión como forma de legitimación procesal, adentrándose casi hacia una acción popular limitada territorialmente. Esta ampliación legislativa y jurisprudencial —transformación, podríamos denominarla— de los intereses protegidos y de la legitimación para recurrir pugna, en principio, con el artículo 42 VwGO y debe, por tanto, entenderse como la excepción o excepciones que el propio precepto permite, no en vano interpretado por los autores como la brecha abierta hacia el control objetivo de legalidad (173), según expresan SCHMIDT, BURMEISTER y ZULEEG, más acorde con las garantías individuales en el Estado prestacional (aun cuando la persecución de la legalidad objetiva como fin de la acción se verá siempre mitigada, por lo que ante sí tendrá siempre el actor, la lesión producida en sus propios asuntos, *eigene Angelegenheiten*, y no el deseo desinteresado de velar por el estricto cumplimiento de la ley).

En la tensión producida por el interés individual y el colectivo se alza la doble función que el Tribunal de las Comunidades Europeas otorga a la figura de los derechos públicos subjetivos como condición de admisión de las acciones, que se despliegan de la siguiente forma: el actor puede ser destinatario de una decisión de gravamen, o puede estar afectado directamente y en forma individual por ella. La legitimación no depende de la existencia de un derecho subjetivo previo. Esta tendencia, recogida por ZULEEG (174) bajo la afirmación de que «también en el derecho comunitario se le ha declarado la guerra al derecho subjetivo, y que conduce a conceptualizar la figura al servicio del interés público, o del cumplimiento del derecho comunitario, a la vez que al de la protección jurídica individual, muestra, por último, el traslado de su

(173) W. SCHMIDT, *Die Verwaltungsgerichtsbarkeit an den Grenzen des Verwaltungsrechtsschutzes*, NJW, 1978, pág. 1769; BURMEISTER, *Rechtsfragen der Genehmigungsverfahren von Kraftwerken (Veröffentlichungen des Instituts für Energierecht an der Universität zu Köln)*, 1978, pág. 7; M. ZULEEG, *Hat das subjektive öffentliche Recht noch eine Daseinsberechtigung?*, DV Bl, 1976, pág. 509.

(174) M. ZULEEG, *op. cit.*, pág. 514.

función, tradicionalmente asignada como *status negativus*, al *status positivus* y a *status activus*.

La conclusión que de todas las posiciones estudiadas extraemos, desde la perspectiva del control de la inactividad, nos llevará a sugerir que no es predicable *a priori* un parámetro que pueda ser aplicable para todos y cada uno de los casos, sino, contrariamente, habrá que estar a las respuestas que se den con respecto de la relación norma-individuo-interés general. Cuanto más fuertemente recaigan en el individuo las ventajas de la norma, más estrecha y difícil será la posibilidad de postular un derecho al control de la inactividad ejercitable por quien no sea directamente interesado o afectado por la ausencia de actuación; cuanto más fuertemente recaigan las ventajas de la norma en el interés de la comunidad, o vengán impuestas en razón del todo, no de la parte, mayor apertura puede darse al control de la inactividad administrativa, con fundamento en la defensa del derecho objetivo, siempre que la omisión vulnere la esfera de interés general que allí se protege. En cualquier caso, el intento de sustituir el concepto —y, más que el concepto, el significado del derecho subjetivo—, que se detecta latir cada vez más, ha iniciado hace años su camino.

Formulado distintamente, el derecho subjetivo, según SCHOLZ (175), puede también legítimamente representar intereses públicos, lo que podría admitirse cuando esta representación, consecuencia jurídica del contenido de una norma, no es una expresión casual, sino la expresión de una ventaja con carácter de derecho fundamental para el sujeto afectado, al concordar sus intereses con los de la norma.

CAPITULO CUARTO

INACTIVIDAD Y CONTROL JURISDICCIONAL.

EL PROBLEMA DE LA SUSTITUCIÓN DE OMISIONES ADMINISTRATIVAS

I. *Consideraciones generales sobre inactividad y jurisdicción contenciosa*

En la RFA existen por el momento cuatro jurisdicciones que ejercen su control sobre la Administración: administrativa, social, financiera y, sobre determinados casos, la ordinaria. La estructura de la jurisdicción administrativa, que conoce de todos los litigios de naturaleza jurídico-pública no constitucional (art. 40 VwGO), se desdobra en tres instancias diferentes. Los Tribunales administrativos gozan de jurisdicción sobre cualquier cuestión en primera instancia. La segunda instancia se conforma a través de los Tribunales administrativos superiores, *Oberverwaltungsgerichte*, que existen en cada uno de los *Länder*, con excepción de Niedersachsen y Schleswig-Holstein, que comparten el de Lüneburg, y

(175) R. SCHOLZ, *Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit*, VVDStRL, 34, pág. 203.

funcionan como instancias de apelación, que solamente en casos excepcionales conocen de los procedimientos sobre control de normas. Por último, el *Bundesverwaltungsgericht* constituye la instancia federal, que, salvo alguna excepción, funciona como instancia de revisión.

Constituye una especialidad de lo anteriormente esbozado la jurisdicción disciplinaria. Para los funcionarios de los *Länder* existe un Tribunal en cada uno de éstos, y tratándose de funcionarios de la Federación corresponde la jurisdicción al Tribunal disciplinario federal. De las apelaciones contra sus decisiones conoce el Tribunal administrativo federal, *Bundesverwaltungsgericht*.

A los efectos de nuestro análisis sería preciso aclarar que la jurisdicción ordinaria conoce de las siguientes cuestiones: pretensiones u omisiones por lesión (art. 40.2 VwGO), indemnizaciones por expropiación (art. 14.3 GG), responsabilidad del funcionario en ejercicio de su cargo (art. 34.3 GG y art. 40.2 VwGO) y otras reguladas por leyes especiales, como son artículo 157 BBau G, artículo 62 GwB y artículo 23 EGGVG. Finalmente, la jurisdicción ordinaria cierra la cláusula general del artículo 19.4 GG, conociendo de cualquier infracción del ordenamiento, procedente de los poderes públicos, cuando no existiese legalmente prescrita otra tutela jurisdiccional.

Pasaremos ahora, pues, a estudiar el reverso de la moneda, es decir, la posición que pueden o que deben exteriorizar los Tribunales encargados de la revisión de los actos administrativos ante la inactividad de los sujetos administrativos. Antes efectuaremos dos precisiones: la primera, para justificar la omisión del estudio de las acciones contenciosas; la segunda, para tratar de desmitificar en lo posible la demanda de inactividad regulada en el artículo 75 de la Ley Jurisdiccional alemana.

Todo lo que hoy en día puede decirse sobre la tipología de las acciones en materia contenciosa está recogido en el trabajo de A. NIETO, *La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo*, publicado en el número 37 de esta REVISTA, en 1962, por lo que a él nos remitimos. La segunda de las precisiones anunciadas viene a centrarse en que el artículo 75 VwGO posibilita un acceso directo a la jurisdicción administrativa, sin previo recurso administrativo, al efecto de que el juez comine a dictar la resolución oportuna, que se traduce, según analizaremos, en una vía formal o procesal para activar la conducta de la Administración, sin influir, por lo general, en la decisión de fondo. Si este procedimiento puede entenderse suficiente para controlar toda inactividad, es cuestión que abordaremos a continuación.

El artículo 75 VwGO es del siguiente tenor literal:

«Es admisible la demanda con excepción del trámite previsto en el artículo 68, cuando sin motivos justificados no se haya resuelto una oposición (*Widerspruch* —recurso—), o sobre la petición de adopción de un acto administrativo. No podrá formularse la demanda antes del transcurso de tres meses desde que se formalizó la oposición, o, en su

caso, desde la presentación de la petición, salvo que por circunstancias especiales del caso se prescriba un plazo inferior. Si existen razones fundadas para que no se haya resuelto sobre la oposición o para que no se haya dictado el acto administrativo solicitado, el Tribunal suspenderá el proceso por el plazo que a tal efecto fije, que, en cualquier caso, puede ser prorrogado. Si dentro del plazo otorgado se estima la oposición o se dicta el acto administrativo, se tendrá por concluida la cuestión principal.»

Según se deduce del precepto, la vía que se abre excepciona el trámite previo del recurso administrativo (art. 68 VwGO). Y, tal como recoge PAREJO ALFONSO (176), la pretensión ejercitable es, según OBERMAYER, la de imposición o condena a la Administración del dictado de un acto administrativo determinado (en el caso de que el asunto esté maduro para su decisión —*Spruchreif*—) o simplemente de la adopción de un acto administrativo (en el caso de que el asunto no esté maduro para su decisión).

En relación con lo anterior, el artículo 113.4 del citado texto legal establece:

«Cuando la denegación o la omisión del acto administrativo sea disconforme a Derecho y el demandante haya sufrido lesión en sus derechos, el Tribunal, si el asunto está listo (maduro) para la decisión, pronunciará la condena a la Administración de proceder a la actividad administrativa solicitada. En otro caso pronunciará la condena de resolver bajo la condición de observar la opinión en Derecho, *Rechtsauffassung*, del Tribunal.»

En opinión de PAREJO ALFONSO, la suplencia por el juez de la inactividad administrativa deducible del último de los preceptos transcritos supone una fórmula progresista que hubiera sido deseable incorporar a nuestro ordenamiento, lo que ya se intentó, como expusimos, a través de la formulación del voto particular al artículo 104 del Anteproyecto de Constitución, bajo el tenor de que los Tribunales «suplen la omisión de actividad de la Administración cuando tal actividad es legalmente obligada». Pasaremos, pues, a analizar si la suplencia de la omisión de actividad administrativa es verdaderamente cosa y tarea de los Tribunales o si, por el contrario, toda hipotética sustitución ni puede ser plena ni debería serlo, so pena de alterar la distribución de poderes del Estado. Ello nos llevará inevitablemente a profundizar en los poderes de revisión de los Tribunales administrativos.

Para comenzar puede significarse que la jurisdicción contenciosa de nuestros días se encuentra en el punto álgido de tensión que conforman

(176) PAREJO ALFONSO, *La garantía jurisdiccional frente a la actividad administrativa; a propósito de los artículos 24 y 104 del Anteproyecto de Constitución*, núm. 84 de esta REVISTA, 1979.

el cumplimiento efectivo de la ley, por un lado, y la protección jurídica individual, por otro. Si a ello se añade el desafío que al Derecho provocan las nuevas tecnologías —el desarrollo tecnológico generalizado—, que desborda constantemente su capacidad de creación, al punto de tensión ya apuntado debe añadirse el de cómo se combina una cláusula general que abarque el acceso de los particulares a la jurisdicción administrativa con la exuberante y tecnificada legislación que actualmente se produce. Como ejemplo de lo anterior no hay más que volver la vista a lo recientemente ocurrido en la República Federal Alemana a propósito de la anulación parcial de la ley que permitía la elaboración de un censo de habitantes, viviendas, etc., a base de su tratamiento informático, tras sentencia del Tribunal Constitucional federal de 15 de diciembre de 1983 (por cierto que, recientemente, acaba de llegarse a un consenso que permitirá tal vez la presentación de un nuevo proyecto de ley).

Lo anterior se pone de relieve porque da la impresión de que el desarrollo tecnológico está conduciendo a una nueva forma de despotismo, que condiciona, a su vez, todo el proceso de creación del Derecho y su puesta en marcha desde un plano económico. No puede ocultarse que, en cierta forma, los poderes del Estado están siendo superados y actúan compelidos por una tecnología que obliga a desdibujar sus funciones y desplaza las estructuras correspondientes a cada uno de ellos, comenzando por el legislador. Por parte del sujeto ejecutor, la Administración, se observa un déficit de cumplimiento; al legislador se le puede reprochar también un déficit considerable de legitimación para adaptar el desarrollo legislativo, a través de normas técnicamente relevantes, al cada vez más acelerado progreso tecnológico; a la jurisdicción que debe revisar la conducta administrativa la cuestión se le plantea de manera más grave, especialmente cuando su decisión depende, o debe de fundamentarse, en aspectos técnicos o cuestiones de seguridad que entrañan enjuiciamiento de la adopción de actos revestidos de considerables tecnicismos y complejidad no jurídica. Ante esta situación, ¿puede decirse que está debidamente garantizada la protección jurídica efectiva? ¿Es jurídicamente adecuado que en cuestiones que afecten a protección de medio ambiente, medidas de seguridad tecnológicas, etc., la función de control de la juridicidad de los actos referidos pueda llegar a traducirse en completo control de la decisión que se adopta?

Las anteriores premisas ponen de manifiesto que debe contemplarse con cautela la posibilidad de admitir abiertamente la sustitución o suplencia de la voluntad administrativa por los Tribunales, cualesquiera que fuesen, ya que ni cuentan con los medios para ello ni con el personal oportuno. La intervención de los Tribunales en la adopción de las decisiones, por la vía del exceso de control de las mismas, bajo las coordenadas anteriores, podría significar, además, una amenaza al propio principio de libertad de configuración de las decisiones legislativas que, indirectamente, intentase advertir al legislador de aquello que debe hacer o ignorar.

Todas estas reflexiones que acabamos de hacer se las hace a sí misma desde hace años la doctrina jurídica alemana, que no cesa de pre-

guntarse qué papel debe jugar la jurisdicción administrativa frente a una sociedad industrializada, profundamente enriquecida de nuevas tecnologías, de las que no escapa la Administración, que no puede correr con el riesgo de que sea precisamente aquella jurisdicción la que decida el emplazamiento óptimo de una central nuclear, de una planta eliminadora de residuos sólidos; si son insuficientes las medidas adoptadas para amortiguar los ruidos y molestias de un aeropuerto que, debido al aumento de tráfico aéreo y el grado de consolidación de la edificación próxima, ha devenido emplazado prácticamente junto a la población cercana, o si es adecuado o no el planeamiento y el trazado de una autopista.

Los ejemplos anteriores, que han dado lugar a litigios graves de carácter contencioso-administrativo y constitucional, sitúan de nuevo el dilema, del que ya hablamos, entre protección jurídica individual y control jurídico objetivo de los actos administrativos o del comportamiento administrativo. Inmersa en esa problemática, la postura que los Tribunales han de adoptar, incluso en los casos de inactividad, ha de ser coherente con los límites dentro de los que ejercen su control, que no cabe duda alguna es cada vez más complicado, tanto más cuanto la técnica y el desarrollo tecnológico influyen y conforman la producción del Derecho. Estudiaremos primero los límites de la revisión jurisdiccional y, posteriormente, su incidencia en la inactividad.

II. *Ambito e intensidad del control jurisdiccional de la inactividad.* *Límites de la acción por inactividad*

No hace muchos años que, apelando al «principio de jurisdicción administrativa», RAMSAUER (177) efectuaba la siguiente precisión: el proceso contencioso-administrativo está dominado por el principio de la protección jurídica individual, lo que significa que a partir de una acción individual concreta no puede deducirse un control jurídico objetivo comprensivo de la totalidad del comportamiento administrativo en litigio, sino simplemente la revisión de la medida en cuanto lesión de los derechos subjetivos del accionante. Asegurando su afirmación, el citado autor advertía que el mencionado principio ha encontrado su expresión en numerosos preceptos de la Ley Jurisdiccional federal (VwGO), entre ellos el artículo 42.4 y el 113.1, que, recordaremos, regulan la legitimación procesal con base en los derechos subjetivos y el tenor de la sentencia que debe recaer si el acto administrativo resultase antijurídico.

Por otra parte, y en 1975 (B Verw. GE, 48, 56), el Tribunal federal administrativo, en su decisión conocida como B-42, por la vía en construcción a la que venía a referirse, deja sentado lo siguiente: el afectado por la planificación de una carretera puede obtener una revisión jurisdiccional de la hipotética infracción del mandato de ponderación a

(177) U. RAMSAUER, *Abwägungskontrolle und subjektiver Rechtsschutz im Planungsverfahren*, DöV, 1981, pág. 37.

la vista de una afectación desventajosa para sus propios intereses; sin embargo, no puede pretender a través de ella una revisión íntegra del planeamiento.

De ambos razonamientos cabe deducir que el accionante no puede aducir reparos que tengan por directa finalidad la falta de observancia de los intereses públicos, ni hacer valer con éxito que el principio de proporcionalidad, o el de intervención menos restrictiva, se ha visto lesionado no frente a él, pero sí frente a otro. El éxito de su demanda dependerá de si la norma jurídica transgredida por el acto administrativo sirve directamente a sus derechos. Esta posición, sin embargo, no es unánimemente mantenida porque, además de criticársele que retorna a una resubjetivización de los derechos, no concuerda con la actuación y comportamiento de las Administraciones actuales, que barajan múltiples componentes a la hora de adoptar sus decisiones, la mayoría de las cuales están fijadas no materialmente, sino a través de los fines a que la planificación sirve y de los objetivos señalados en la norma.

Entendiendo la Administración moderna como sujetos complejos a los que corresponden multidisciplinares funciones, la mayoría de ellas autovinculadas por la planificación del territorio, económica o social, y preocupadas por problemas ecológicos y ambientales, pero también por otros relativos a educación o a ciencia, no cabe más que pensar que esta multidisciplinariedad de los fines administrativos se ve precisada de un alto grado de conocimiento de las materias que se manejan, que a la vez cuentan con grados de dedicación diversos; ello crea a la jurisdicción administrativa problemas considerables, pues la responsabilidad de estos Tribunales, contrariamente a la de la Administración, es exclusivamente monodisciplinar, o jurídica.

La jurisdicción administrativa, por su propia conformación de garantía y protección de los derechos subjetivos individuales (e intereses equiparables), funciona procesalmente, por lo general, de manera repressiva. Su control debe centrarse en la decisión concreta y en la forma de su adopción, relegando el control de los fines que la justifican a un segundo lugar, o de manera indirecta. Mientras que la decisión judicial contempla exclusivamente aspectos jurídicos de la cuestión, la decisión administrativa tiene que satisfacer pretensiones de constatación meta-jurídica y, en tanto así se manifiesta, ejerce su propia responsabilidad y su legítima discrecionalidad. Precisamente en orden a ello, la distribución de competencias se expresa así: en el plano metajurídico y en el del ejercicio de la discrecionalidad, la Administración goza de prerrogativa en la decisión; en cuanto se trata de lo jurídico, sin embargo, la prerrogativa y el privilegio de su enjuiciamiento lo conservan los Tribunales.

Pues bien, según SCHOLZ (178), de las diferencias competenciales y procedimentales entre lo que podríamos denominar ámbito de responsabilidad administrativa y jurisdicción administrativa, surge el temor fun-

(178) R. SCHOLZ, *Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit*, VVDStRL, 34, 1976.

dado de que el particular no reciba una protección jurídica efectiva, o de que la que pueda recibir sea parcial y deficitaria. La causa de ello estriba en que la correlación entre acto administrativo concreto y sujeto destinatario, se desdibuja en los supuestos en que la Administración interviene a través de la planificación, donde sus efectos se producen, o los reciben los administrados, casi de forma anónima; la Administración es responsable de sus decisiones micro y macroadministrativas, aunque el ejercicio de las macrocompetencias atribuidas se exteriorice generalmente a través de actos y procedimientos seriados y exactos.

No en vano señaló BETTERMANN (179) que cada norma es para la Administración norma de comportamiento, no norma de decisión, como lo es para la jurisdicción administrativa. Así entendido el problema, no es extraño que los efectos de ese tipo de actos seriados y procedimientos estereotipados sean difíciles de calcular, especialmente en aquello que afecta a sus consecuencias jurídicas individuales, y esa distorsión produce alteración y transformación del papel que hasta ahora jugaban los derechos subjetivos en el plano de las categorías, desplazándolas hacia una posición en la que pierden su valor de creadores de ventajas individuales; si se añade que frecuentemente, con o sin la participación del administrado, la Administración actúa a destiempo y la revisión jurisdiccional se produce tardíamente, se aminora aún más la protección jurídica plena. El artículo 19.4 GG habría de eliminar toda protección jurídica que no fuera efectiva, puntual e impecable con respecto al procedimiento.

En un plano distinto, también la concreción de los fines de la norma se produce de manera distinta en la Administración que en los Tribunales. Mientras que por éstos se verifican los fines de la norma, en aquélla se produce, en primer lugar, la concreción de los fines de la propia Administración y, en segundo, los de la norma.

Inmediatamente unido a la concreción de fines aparece el ejercicio de discrecionalidad, a través del que se crea también Derecho, cuando el legislador así lo ha decidido, y en cuya aplicación no dejan de utilizarse valoraciones y conocimientos metajurídicos, correspondiendo a la Administración el privilegio de la concreción de los referidos fines. En el ámbito de la Administración conformadora y prestacional se producen inmisiones frente a los particulares que, de manera general e indirecta (en ocasiones, sin actos que lo exterioricen), *de facto* o por la mera pasividad, dejan sin efecto o, lo que es peor, no cumplen con el objetivo que su actuación requiere, planteándose entonces el problema fundamental de este tipo de actuación administrativa que no puede valorarse bajo las reglas del principio de igualdad, ya que la actuación administrativa, sometida o no al principio de igualdad, puede controlarse solamente por sus efectos positivos (180). Tampoco es fácil aplicar la escala que brinda la prohibición de cualquier exceso o exorbitancia, porque de igual manera se fundamenta en parámetros negativos; eso si no se llega a la

(179) K. A. BETTERMANN, VVDStRL, 17, 120.

(180) LERCHE, *Übermass und Verfassungsrecht*, 1961, pág. 276.

conclusión, como sostiene SCHMIDT-EICHSTAEDT (181), de que también la decisión de no actuar exterioriza una posición administrativa adoptada una vez comprobados y analizados los hechos determinantes de la actuación.

Los razonamientos anteriores, sintetizados debidamente, nos llevan a la conclusión de que: 1) Administración y Tribunales cumplen con responsabilidades distintas y, a la hora de revisar la conducta administrativa, los Tribunales no poseen ni la calificación ni la tecnificación necesaria como para poder enjuiciar en el plano debido la conducta en cuestión. 2) Los elementos metajurídicos que la Administración valora no deben ser revisables por los Tribunales. 3) La actividad planificadora autovincula a la Administración, pero no elimina un posible ejercicio de discrecionalidad. 4) Si la Administración goza de la prerrogativa en la decisión, dentro de su responsabilidad, también su decisión de no actuar podría valorarse en términos de responsabilidad, más que jurídicos, siempre y cuando existiesen razones de interés general que amparasen tal posición.

Sobre esas bases cabe preguntarse si es óptimo proponer que los Tribunales suplan la conducta administrativa inactiva, atribuyéndole al artículo 113.4 VwGO (último inciso) un valor conformador de la propia conducta a seguir. En principio, podría advertirse que resulta difícil que la decisión que se adopte incida en el fondo del asunto si, como señala el precepto en su inciso final, la cuestión, aún no está lista (madura) para una decisión, pues implicaría que el Tribunal ha de pasar a completar con su criterio aquello que no existe ni tan siquiera desde un punto de vista procedimental (cuando lo está, el resultado de la decisión es mucho más simple: el Tribunal obliga a la Administración a dictar el acto, con base a que su proceso de gestación está ultimado).

En nuestra opinión, la tesis de PAREJO ALFONSO (182) podría completarse, como a continuación señalaremos, sin que ello nos lleve directamente a concluir, igual que el autor concluye, en la conveniencia de que se produzca la completa suplencia de la inactividad por el Tribunal, en tanto la jurisdicción administrativa revista las características que reviste.

El artículo 113.4 VwGO habilita al juez para dictar sentencia de un determinado tenor si la denegación u omisión fuera ilícita y ello hubiera supuesto vulneración de derechos del accionante, en cuyo caso adopta una de las dos decisiones ya descritas compeliendo a la Administración, la primera de las cuales no plantea problema (cuando el asunto estaba ultimado). La segunda, en cambio, debe entenderse en el sentido de que el Tribunal dará la razón al accionante, aunque por tratarse de omisión, para cuya conversión en actividad faltan aún elementos de conformación del acto, habrían de observarse los criterios jurídicos, la opinión en Derecho que el Tribunal fije, que no debe extenderse a valorar otros ele-

(181) SCHMIDT-EICHSTAEDT, *Eigenverantwortliches Handeln der Verwaltung*, AöR, 98, 1973, pág. 175.

(182) *Op. cit.*, pág. 580.

mentos que impliquen ejercicio discrecional o verificación de conceptos jurídicos indeterminados, ya que éstos son de estricta responsabilidad administrativa. El criterio jurídico que el Tribunal sentase no debería exceder de su ámbito de revisión, lo que excluye, además de la valoración de conceptos jurídicos indeterminados, de discrecionalidad, la fijación de prospectivas de futuro, y de actos que obedezcan a vinculaciones anteriores, cuyos criterios de adopción estuviesen ya fijados en el plan o programa.

Lo anterior puede, además, defenderse con base a las funciones diferentes que la doctrina asigna a la demanda de inactividad, que parten, comenzando por BACHOF (183), de que el derecho a adoptar una actitud o comportamiento administrativo (a una resolución administrativa) es exclusivamente la pretensión a obtener el examen y resolución de una solicitud, que no conlleva exigir de la autoridad un resultado determinado de su actividad.

ACHERBERG (184) señala, a propósito de las acciones de imposición, *Verpflichtungsklage*, de las cuales la inactividad representa un subcaso, que este tipo de demandas o acciones son dirigidas a la Administración para que cumpla con su obligación de dictar el correspondiente acto administrativo. Si la pretensión ya hubiera sido denegada al accionante, se manifiesta como *Versagungsgegenklage* (acción frente a la denegación), y cuando el órgano administrativo no resuelve la petición habiendo de hacerlo, se manifiesta como *Untätigkeitsklage* (acción por inactividad). El ámbito de su aplicación recae tanto en actos de contenido favorable, o que producen ventajas, como en actos de policía. Solicitudes de licencias de obras, permisos de apertura de establecimientos comerciales, concesión de subvenciones, liquidaciones de pensiones, son los ejemplos más frecuentes del ámbito de aplicación de la acción de inactividad.

En las acciones de imposición debe distinguirse si el acuerdo o resolución exige un acto administrativo determinado o si, por el contrario, solamente una resolución. Ello depende de si a la autoridad le es reconocido y atribuido un ámbito concreto de comportamiento, especialmente porque se trata de una decisión discrecional, o no. En tanto se trate de ejercitar un ámbito de decisión propio —ejercicio de discrecionalidad—, solamente es posible una sentencia sobre la resolución concreta, el contenido de la cual será solamente el *sí*, nunca el *cómo*, del acto administrativo. El Tribunal no podrá bajo ningún concepto colocarse en el lugar de la Administración.

De esa forma se conceptúa la acción de inactividad y sus resultados en los diversos trabajos sobre ello (185); mantener lo contrario impli-

(183) D. BACHOF, *Die Verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung*, 2.^a ed., 1951.

(184) N. ACHTERBERG, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, C. F. Müller, Heidelberg, 1982, págs. 530 y ss.

(185) Sobre ello pueden verse W. JELLINEK, *Verwaltungsrecht*, págs. 254 y ss., que pone de manifiesto que ya el artículo 24 de la VGG de Hamburgo, de 2 de noviembre de 1921, preveía la acción por inactividad; KOPP, *Die Verwirkung des Klagerechts bei der Untätigkeitsklage*, DöV, 1977, pág. 199; LOPPUCH, *Die Verwaltungsgerichtliche Klage Wegen Nichtvornahme von Verwaltungsakten*, NJW, 1953, pág. 9; W. MERK,

caría la total suplencia de la conducta administrativa sin que, posiblemente, se hubieran llegado a producir los presupuestos para un acto definitivo, cuanto más si éste era de carácter discrecional, ya que en ese caso el derecho del particular se ciñe a obtener una resolución libre de vicios que invaliden la decisión, pero nunca una concreta decisión; como es sabido, solamente cuando la norma que justifica la actividad discrecional viene a servir no sólo a los intereses públicos, sino a los del individuo afectado, puede decirse que existe un derecho a una resolución discrecional de contenido determinado, no existiendo pretensiones o derechos genéricos de tal clase.

Suscribimos, pues, la opinión de PAREJO ALFONSO entendiendo que lo que suplen los Tribunales verdaderamente sería la inactividad, a través de compeler a actuar, pero no el contenido del acto que la Administración hubiera debido dictar. Ese podría ser precisamente el motivo por el que el artículo 113.4 VwGO maneja dos supuestos distintos, el de la imposición u obligación de actuar en forma determinada en el caso de que el asunto pueda decidirse por su estado procesal, en cuyo caso no importaría si se trata de actividad discrecional, que ya la Administración habría podido ejercitar o conformar, aun sin resolver sobre ésta, y el de la obligación de dictar una resolución conforme los dictados estrictamente jurídicos que el Tribunal impone, que no siempre podrá suplir la inactividad porque no podrá afectar el contenido del mismo.

III. Crisis de la jurisdicción contenciosa, o fracaso legislativo

Para completar el estudio de los poderes de revisión de los Tribunales, tal vez sea oportuno analizar qué papel adoptan éstos frente a las decisiones administrativas que fijan perspectivas de actuación. Para ello habremos de partir necesariamente del artículo 19.4 GG, de su garantía de protección completa de derechos y de su situación en la Norma Fundamental.

Pese a la situación privilegiada que los Tribunales ostentan en el ámbito de la distribución de poderes, por intervenir en una de las piezas clave del Estado de Derecho, no por ello gozan de un superpoder frente a los restantes del Estado. Pero es cierto que pretender un exceso de control es irrogarse poderes de ejecución, al igual que ejercer una revisión defectuosa puede dejar sin protección al justiciable.

La sociedad industrializada provocó un giro en la calidad de los actos administrativos y en su forma, como dijimos, y, consecuentemente, obligó a los Tribunales a rebasar los límites a que debía ceñirse su decisión. Cuando el Estado legislador dicta leyes que en lugar de respuestas exactas y soluciones a cuestiones fijan programas, la responsabilidad del interés en su ejecución, en planos distintos, recae sobre Admi-

Deutsche Verwaltungsrecht, 2.ª ed., DuH, Berlín, 1970, pág. 1873; H. H. RUPP, *Zur neuen VwGO: Gelöste und ungelöste Probleme*, AöR, 3, 1960, pág. 302.

nistración y jueces (186). Tanto una como otros trabajan con la ley, pero con posibilidades de decisión distintas.

Precisamente por encontrarnos dentro de un Estado social prestacional, los Tribunales deben ser conscientes del papel que asumen, pues todo conflicto del que deban conocer en la relación Estado-ciudadano no puede permanecer ajeno al complejo mundo de los intereses colectivos, o incluso de las decisiones constitutivas, de profundo matiz social, que las Administraciones deban adoptar. Lo anterior conduce a una posición de los Tribunales intermedia entre el interés individual y colectivo. Bastaría dirigir la atención a la política de planificación para observar los condicionamientos que sufre la jurisdicción administrativa a la hora de enjuiciar, pues provengan éstos del legislativo, de disposiciones con rango inferior a ley o de medidas individuales, abren procedimientos de control distintos, al proteger intereses colectivos.

Si la jurisdicción contenciosa debe constituirse en controladora de la legalidad de los actos administrativos y del orden objetivo, la preponderancia del interés colectivo obligaría a admitir la acción popular; si controla únicamente la lesión a derechos subjetivos, se impone continuar con el esquema cerrado de legitimación procesal. La influencia de W. JELLINEK hizo que prevaleciese el segundo de los papeles citados.

Ahora bien, ante la múltiple actividad planificadora de los poderes públicos, comienza a inclinarse la balanza hacia el primero, y no estamos muy lejos de los tiempos en que se producirá un giro total hacia él.

El fenómeno se inicia, como señala BROHM (187), a partir de leyes que habilitan a la Administración a formular planes y programas que no contienen normas de actuación susceptibles de ser ejecutadas por los particulares. Con el plan deben de concordar, después, innumerables medidas. El legislador se limita a sí mismo, dando a la Administración un programa de fines a cumplir y habilitándola para que ésta fije por sí todos los supuestos y hechos en que se aplicará y, por supuesto, la prospectiva de su elección. Por si fuera poco, los planes coordinan las medidas individuales hacia un todo cargado de sentido y, puesto que aspiran a crear un orden objetivo, gozan prácticamente de carácter normativo. Cuando los encargados de ejecutarlos dejan sentir sus efectos sobre los individuos en forma de actos, la protección jurídica que los Tribunales brindan o no es plena o es tardía. (A título de ejemplo, hasta 1976, en que se modificó la Ley de la jurisdicción administrativa, en la RFA no podían recurrirse los planes de urbanización que definían los aprovechamientos de los terrenos en el sector.)

BROHM (188) advierte que, a la larga, los procesos de masas que se dirigen contra el plan acaban siendo procesos entre intereses sociales o de grupo contra las hipotéticas ventajas que uno ha podido obtener, en detrimento de otro, sólo por la decisión administrativa; ante la im-

(186) SCHMIDT-ASSMANN, *Art. 19.4 GG als Teil des Rechtsstaatsprinzips*, NVwZ, 1, 1983, pág. 5.

(187) W. BROHM, *Verwaltungsgerichtsbarkeit im modernen Sozialstaat*, DöV, 1, 1982, pág. 3.

(188) BROHM, *op. cit.*, pág. 4.

potencia de resolver el conflicto creado se acude a la jurisdicción administrativa para que ejercite una tarea de consolución puramente compensadora, pero peligrosa, porque suele ser difícil que el Tribunal encuentre la fórmula exacta que, corrigiendo el exceso de discrecionalidad, mantenga criterios de igualdad para todos los que se hallan en parecidas circunstancias.

El exceso de revisión que, en ocasiones —las más—, ha efectuado la jurisdicción administrativa, justificable ante las circunstancias, ha dado lugar a duras críticas, todas ellas relacionadas con la conversión del Estado de Derecho en un Estado judicial, juridificación de la política o politización de la justicia que, como recoge PAPIER, exteriorizan la crisis de tal jurisdicción (189). De «ocaso del Estado de Derecho» califica el tema el citado autor.

SCHOLZ y SCHMIDT-ASSMANN (190), en 1975, defendían una jurisdicción contenciosa libre de toda crisis y propugnaban su reestructuración de fondo, de forma que pudiera compatibilizarse su desequilibrio entre las funciones del Estado, por un lado, y los mecanismos de decisión, por otro; pero en 1979 resaltó PAPIER que entre 1970 y 1975 el acceso a la jurisdicción contenciosa ascendió en un 86 por 100, y entre 1975 y 1976, en un 25 por 100; la duración media de un pleito en las diversas instancias se prolongaba entre ocho y diez años y, en diversas ocasiones, la tardanza dio lugar a que se apelara al Tribunal Europeo de Derechos Humanos por lesión, debido al lento funcionamiento de la justicia. El caso más comentado fue seguramente el asunto König (191); aunque sin llegar a ello, los procesos instados a raíz de la instalación de centrales nucleares, en los que los Tribunales tramitaron con toda celeridad las actuaciones, duraban algo más de cuatro años (el de la central Kalkar comenzó en 1972 y terminó en 1978); evidentemente, aquellos procesos gigantescos se tramitaron con celeridad a costa de paralizar otros. Toda autorización para instalar industrias de relativa envergadura se impugna, simplemente para obtener la confirmación de los Tribunales, pese a que ya en el procedimiento administrativo se haya dado participación a los afectados.

Por otra parte, se elevan críticas contra la intensidad y la medida del control judicial, reprochando a la jurisdicción administrativa inmiscuirse en las funciones políticas del primer y segundo poder (192). Se critica la autoatribución de la prerrogativa de decidir sobre la importancia artística de un monumento, sobre si un concierto tiene o no considerable valor cultural, o si una película reviste valores, o bien valores singulares, como ULE ha puesto de relieve en una reciente aporta-

(189) H. J. PAPIER, *Kriesenerscheinungen in der Verwaltungsgerichtsbarkeit* (Schriftenreihe; Juristische Gesellschaft), Berlín, 1979 (con abundante bibliografía).

(190) SCHOLZ y SCHMIDT-ASSMANN, *Verwaltungsverantwortung...*, VVDStRL, 34, pág. 222.

(191) Sentencia de 28 junio 1978, EuGRZ, 1978, pág. 406.

(192) O. BACHOF, «Der Richter als Gesetzgeber?», en *Tradition und Fortschritt im Recht*, Tübingen, 1977.

ción (193). Curiosamente, las críticas no se dirigen a las estructuras que se derivan de la Ley Fundamental o de las procedimentales, sino a las resoluciones y sentencias de jueces y Tribunales que, en cuestiones tan vitales como política económica, energética, social, cultural y de circulación, fijan directrices y objetivos a conseguir por la Administración. Por ello se ha mostrado preocupante la intensidad de la revisión jurisdiccional, en la fijación de prospectivas que incumbían tan sólo al legislador y a la Administración. Decisiones sobre desarrollo económico y energético, mercado de trabajo o riesgos de instalaciones nucleares han sido corregidas por los Tribunales o sustituidas por contrapropectivas de éstos, que, en ocasiones, han cortocircuitado los propios planes fijados, impidiendo su realización. Que a lo anterior ha conducido forzosamente el grado de indeterminación de las leyes, el abuso —peligroso pero necesario— de los conceptos jurídicos indeterminados y la celeridad e improvisación con que aquéllas se producen, no puede negarse. No en vano se denomina a los conceptos jurídicos indeterminados el «barómetro» de los tres poderes (194).

El exceso de revisión apuntado, potenciado por la tensión entre protección jurídica individual y progreso técnico, ha creado problemas constitucionales, cuyas consecuencias pretendieron evitarse proponiendo la desconcentración de los procedimientos administrativos por los que se hubiesen de tramitar las autorizaciones de instalaciones de gran envergadura económica, energética y social, por una parte, y limitando la protección jurídica a una instancia en razón de la materia, o del objeto, pues, según entendió ULE (195), la segunda instancia se emplea como proceso de revisión, donde sólo en un 4,6 por 100 juegan un papel los razonamientos que se aducen o las pruebas que se aportan.

Se propuso la reducción a una sola instancia, para motivar al Tribunal y evitar el uso abusivo de la segunda (196); se propuso también un nuevo planteamiento del principio de revisión de la jurisdicción administrativa por BETTERMANN (197) para decisiones administrativas complejas, sustituyéndolo por un control de tipo preventivo que eliminase el choque frontal entre la instancia de decisión y los mecanismos de control.

Ninguna de estas propuestas, sin embargo, puede evitar las tendencias descritas, que sólo pueden detenerse, o bien a través de una técnica legislativa depurada, o bien a través de una posición responsable de los propios Tribunales frente a los principios del Estado democrático, que les induzcan a autocontrolar el exceso de revisión (198).

La primera de ellas resulta cada vez más compleja, debido al fracaso

(193) K. H. ULE, *Rechtstaat und Verwaltung*, Verw. Arch., 75, 1985, pág. 19.

(194) E. BENDA, «Technische Risiken und Grundgesetz», en *Technische Risiken und Recht*, editado por W. BLÜMEL y F. WAGNER, 1981, pág. 8.

(195) C. H. ULE, *Rechtstatsachen zur Dauer des Verwaltungs (Finanz) - Prozesses*, 1977.

(196) ZACHER, *Diskussionsbeitrag*, VVDStRL, 34, pág. 285.

(197) K. A. BETTERMANN, ponencia a la 46 *Staatswissenschaft Fortbildungstagung der Hochschule Speyer*, 1978.

(198) H. J. PAPIER, *op. cit.*, pág. 23.

diario al que está condenado el legislador ante el exceso de producción normativa que se ve obligado a tramitar y aprobar, como ya expusimos, fenómeno al que en Alemania Federal ha llevado también la extensísima interpretación de la reserva de ley; la celeridad y el descuido en la creación de la norma atribuye al juez mayor dedicación y estudio y, posiblemente, mayor fuerza interpretativa, irrogándose la competencia de su reelaboración, por la vía de la simple aplicación y formación de jurisprudencia. Si a ello se añade el «consumo» del Derecho de los tiempos modernos, bajo cuyos criterios se pretende resolver toda clase de conflictos, o, mejor, la tendencia a calificar todo conflicto personal o social como conflicto jurídico, parece razonable que la jurisdicción administrativa acabará por adoptar la postura criticada.

Antes de pensar que poco a poco ha ido ésta usurpando instancias políticas de decisión, a través de la valoración de decisiones y normas, se está convencido de que la crisis de la jurisdicción contenciosa es consecuencia inevitable del fracaso legislativo. Los temas relacionados con la energía nuclear y su regulación, de protección frente a inmisiones y radiaciones de todo tipo de industria, y la particularidad que se plantea actualmente, denunciada por «inactividad del legislador», para adoptar las medidas normativas que protejan a la sociedad a través de la evitación de daños al medio ambiente, constituyen una buena muestra de ello.

Una de las decisiones jurídicas más fuertemente criticadas fue la denominada *Wyhl-Urteil*, del Tribunal administrativo de Friburgo (199), en la que éste exigió una protección accesoria para la instalación del reactor nuclear (contra cualquier deterioro del mismo), ignorando la decisión política adoptada en el Parlamento sobre cualquier supuesto de riesgo nuclear. En su favor, PAPIER argumenta (200) que se ha silenciado que el legislador omitió regular en qué medidas se podían apreciar los riesgos y, ante la preocupación de qué daños pudieran producirse, no estableció medidas para el caso que pudiera darse un supuesto realmente catastrófico o para prevenir el mismo. No debe, pues, de extrañar, continúa PAPIER, que, ante el olvido o falta de previsión legislativa, fuera al juez a quien se le ocurriera que debieran fijarse cautelas para prevenir tales eventos.

IV. *La cuestión de las prospectivas. Responsabilidad administrativa de su determinación. Nuevas tendencias de la jurisdicción administrativa*

En el panorama descrito, no podía resultar extraño que los jueces llegasen a determinar contrapropectivas de futuro distintas de las que la Administración había fijado, y para que ello se produjese hubo de

(199) Publicada en NJW, 1977, pág. 1645; al igual que de *Würzburg*, publicada en NJW, 1977, pág. 1649.

(200) H. J. PAPIER, *op. cit.*, pág. 31.

contarse, además, con otro factor, que en el tiempo al que nos referimos se produjo.

Valorar prospectivas es un proceso complejo que no supone sólo valorar hechos, sino comprometer decisiones políticas que afectarán al desarrollo económico y tecnológico de un país, y merece ser rechazado jurídicamente que el Tribunal ignore o pretenda sustituir tales decisiones, que son exclusivamente políticas o, cuanto menos, tampoco exclusivamente jurídicas.

Examinando detenidamente resoluciones de la jurisdicción administrativa más reciente, se observa un giro (que temporalmente coincidió con el exceso de revisión expuesto) dirigido a ignorar las tradicionales reglas de revisión basadas en controles jurisdiccionales completos, sobre la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados. Se van apreciando decisiones (sobre exámenes escolares o universitarios, calificación de funcionarios por sus superiores a efectos de ascensos) en las que los Tribunales han decidido que la revisión de los hechos y su subsunción resultaba absolutamente imposible.

Esta posición fue representada por una sentencia del Tribunal administrativo federal (201), que estimó lo siguiente: «Como justificación deben señalarse dos cuestiones. Primera, debe advertirse que decidir si algo implica riesgo para la juventud [se trataba de una fotografía publicada en determinada revista] no supone sólo afirmar unos hechos y su subsunción, sino implica dictar una sentencia en un sentido determinado, en la que intervienen elementos de valor, para los que la tesis de la decisión correcta o justa deviene pura ficción. Antes bien, se pueden producir una diversidad de posibilidades de decisión. En segundo lugar, por la propia conformación del procedimiento resulta excluida la valoración del Tribunal. Los órganos federales competentes en la materia, de composición pluralista, están formados por personas de conocimientos especializados y por personas extraídas de la propia sociedad. La imposibilidad de representar o sustituir la formación de un criterio de decisión es la esencia del valor de las decisiones de este tipo de órganos. Lo que demuestra que al Tribunal le está vetado emitir una decisión judicial que compruebe y revise la completa decisión, debido a las específicas funciones de tales órganos y de emitir su opinión frente a una Comisión que, como consecuencia de la formación de su voluntad colegial, aparte de su experiencia en casos análogos, es insustituible.»

El Tribunal parece considerar compatible la tutela jurídica efectiva y la protección jurisdiccional plena con el mantenimiento de un ámbito de decisión imposible de sustituir, ya que el órgano administrativo que dictó el acto posee tal grado de competencia en razón de la materia que justifica por sí la reducción del control jurisdiccional.

Parecidas decisiones a la anteriormente transcrita se han producido en ámbitos como protección del medio ambiente o administración económica, las cuales han obtenido respaldo del Tribunal Constitucional federal, bajo la rúbrica de que la Administración decide, «según las pre-

(201) B Verw. GE, 39, 197.

visiones que la ciencia y la técnica exigen, contra los perjuicios de una instalación durante su construcción y funcionamiento» (202). De esa forma, según BENDA (203), el «clásico» ámbito de enjuiciamiento, junto con la decisión prospectiva de un órgano, sobre cualquier probabilidad de riesgo, se manifiesta como algo trascendente para la colectividad, que también en ese mismo sector puede opinar sobre el riesgo, probabilidad o medida del daño, a través de las instancias de decisión, lo que es más comprensible que tratar de someterla sólo a puras fórmulas matemáticas y estadísticas.

La corriente de la que hablamos está ganando terreno, tanto en cuestiones de instalaciones industriales como las mencionadas (204) como en otras relativas, por ejemplo, a valoración de la lealtad constitucional de los aspirantes a la función pública (205).

La figura del ámbito de enjuiciamiento de prospectivas es, más que una específica categoría jurídica, una cuestión teórico-científica de carácter general, que no renuncia a ser el resultado de conocimiento altamente especializado, preferentemente de tipo económico, a proyectar sobre el futuro. Su definición se ha logrado más en los campos económico y social que en el propiamente jurídico. Implica fijar las condiciones fundamentales y racionales que corresponden a los pasos futuros de una situación o suceso (206), las cuales no se pueden limitar a analizar hechos, leyes y valores de experiencia, sino proyectar al futuro simples medidas de improbable o de escasa seguridad por lo que respecta a su acontecimiento o verificación. Anticipar el futuro, bajo variables de probabilidad, a cuyo ámbito pertenece de manera intangible la planificación administrativa.

La dificultad que entraña la revisión de la decisión que fija prospectivas estriba en que ésta no es controlable más que desde su aspecto *ex ante*, a través de hechos, fechas y experiencias, o incluso tendencias de desarrollo que existen en un momento determinado, aunque los efectos reforzados o destructores de las decisiones de prospectiva inciden en la dirección del comportamiento. No obstante, Administración y jueces se encuentran en posiciones diferentes «en razón de proximidad al objeto» (207) para fijarlas.

La potestad de determinar prospectivas no viene atribuida a la Administración tan sólo en razón de la naturaleza del objeto; la prospectiva de desarrollo futuro se conforma a través de la decisión sobre elemento tras elemento. Para el enjuiciamiento separado de cada uno de ellos (diagnóstico de la situación presente) y su valoración basada en los precedentes normativos, son válidas las reglas tradicionales para el completo control de los conceptos jurídicos indeterminados.

Para el reconocimiento del ámbito administrativo de decisión de pros-

(202) La tantas veces citada B Verf. GE, 49, 89, 137.

(203) E. BENDA, *Technische Risiken...*, op. cit., pág. 8.

(204) NJW, 1980, pág. 1296.

(205) DV Bl, 1981, 455.

(206) A. PICOT, DB, 1977, 2149.

(207) R. BREUER, DV Bl, 1978, pág. 33.

pectivas se precisa de un punto de partida, con legitimación en los correspondientes preceptos, para pronunciar una decisión previsible, encaminada a objetivos concretos a través de la conjunción de diversos elementos de valoración (208). Una muestra de ello se encuentra en las intervenciones de policía (209), «cuando la forma de producirse los hechos provocará probablemente situaciones de perjuicio para bienes protegibles o para el orden público».

La decisión de prospectivas no permanece, sin embargo, fuera de todo control judicial, aun cuando éste disminuya por haber de limitarse sus potestades de revisión a la conducta *ex ante*. Los Tribunales no deben renunciar a comprobar: 1) Si la decisión administrativa se basa en un hecho exacto, auténtico y concienzudamente determinado (control de las bases de decisión). 2) Si se han tenido en cuenta los objetivos, medidas y límites previstos (control de los antecedentes de decisión normativos de orden material). 3) Si se han tenido en cuenta en la decisión consideraciones ajenas a ella misma (control de arbitrariedad). 4) Si la decisión se fundamenta en un procedimiento adecuado para poder adoptar la resolución (control de elección del método de prospectiva utilizado). 5) Si se ha evitado incurrir en vicios de procedimiento (control de las normas de procedimiento). 6) Si se pretende conseguir una decisión de acuerdo con su procedimiento (control de concordancia). 7) Si los puntos de vista que encierra la valoración de la prospectiva han sido manifestados de forma clara y expresa (control de determinación interna) (210).

Como ya adelantamos, el reconocimiento del ámbito de enjuiciamiento referido coloca a la Administración en situación privilegiada respecto de la decisión a adoptar, ya que es la única competencialmente calificada para adoptar una decisión de tal género, aun cuando pueda parecer, desde el punto de vista del que pretende la revisión del acto, disminución de su protección jurisdiccional; este sistema de valoración indirecta del interés general, que no resulta incompatible con el artículo 19.4 GG, justifica la reducción de su control, que con el tiempo irá transformando el sistema de protección de derechos y la esencia de la propia jurisdicción administrativa e incidirá en que, a la hora de tutelar el interés o derecho lesionado del recurrente, no deje de examinarse el interés público representado por la decisión que se revisa. Examinemos algunas resoluciones con el fin de constatar cómo se plasma la nueva tendencia mencionada.

La sección segunda del Tribunal Administrativo federal, en 27 de noviembre de 1980, revisó el asunto relacionado con la suficiencia o insuficiencia de lealtad constitucional que aparentaba observar un aspirante a la función pública. (En la RFA, la deslealtad constitucional, debidamente comprobada tras expediente tramitado por una Comisión en

(208) B Verw. GE, 39, 197, 203.

(209) DREWS/WALKE/VOGEL/MARTENS, *Gefahrenabwehr*, 8.ª ed., vol. II, pág. 101.

(210) P. J. TETTINGER, *Überlegungen zu einem administrativen «Prognosespielraum»*, DV Bl, 1982, pág. 421.

ello especializada, puede ser la causa de rechazo para ingresar en la función pública, tras la decisión del Tribunal Constitucional federal de 22 de mayo de 1975.) Pues bien, el Tribunal de apelación citado atribuyó a la Administración el derecho de ser la única que podía decidir sobre el aspirante y su lealtad a la Constitución, otorgándole para ello la aptitud para valorar todos y cada uno de los elementos que conformaron su decisión, con preferencia al propio Tribunal, que en ningún caso era el apropiado. El argumento de que la lealtad constitucional del funcionario formaba parte de la valoración total de sus aptitudes implicaba emitir una decisión con fundamento en el pasado, para pronosticar el futuro del comportamiento del candidato. La reducción de control que el Tribunal efectuaba no iba en contra del artículo 19.4 GG, ya que enconstraba su justificación tanto en la proximidad respecto al objeto del litigio y al sujeto del mismo, que la Administración conserva, para elegir a su propio personal, como desde un punto de vista de operatividad, en la imposibilidad de sustituir resoluciones que implican valoración de asuntos personales.

A pesar del clamor que la resolución mencionada levantó (el tema de los «extremistas» en la función pública había resultado incómodo, especialmente tras la sentencia del Tribunal Constitucional federal antes mencionada de 22 de mayo de 1975), en sentencia de 31 de julio de 1981 (211), este último Tribunal admitió «que no existen obstáculos constitucionales si los jueces conceden a la Administración un ámbito propio de enjuiciamiento, para decidir sobre la lealtad constitucional de un aspirante a la función pública».

Revisando actuación administrativa planificadora, la Sección Tercera del Tribunal Administrativo federal, en sentencia de 26 de marzo de 1981, reconoció idéntica exclusividad en la decisión de incluir un determinado hospital en el plan de previsión de hospitales. El Tribunal advierte que los conceptos jurídicos indeterminados «necesidades asistenciales», «hospitales eficientes», que han de ser interpretados según los objetivos de la ley, son completamente revisables, con excepción de su futura previsión cara al futuro, según las necesidades señaladas en el correspondiente plan o programa, que compete en exclusiva a la Administración.

A propósito de una autorización de taxi, la Sección Séptima, en 23 de octubre de 1981, señala que valorar «cuándo se justifican nuevos otorgamientos de licencias es una decisión de futuro, que implica valorar aspectos económicos y de circulación, que son funciones administrativas por excelencia para las que se goza de un ámbito propio de decisión».

OSSENBÜHL (212) resume los criterios jurisprudenciales apuntados en los siguientes: debe reconocerse prerrogativa en la valoración de prospectivas a la Administración cuando las repercusiones de la decisión no puedan ser determinadas previamente, incluso desde su aspecto normati-

(211) Comentado en DV Bl, 1981, pág. 1053.

(212) OSSENBÜHL, «Der richterliche Kontrolle von Prognoseentscheidungen der Verwaltung», en *System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes*, CH, 1985.

vo; en concordancia con la llamada «teoría de los factores» que no encuentran su expresión en la norma porque son insusceptibles de fijar también previamente, pero son elementos de la realidad que pueden combinarse de diversos modos; con base a las decisiones del aparato administrativo organizativo existente, la mayor parte constituido a base de comisiones especializadas de decisión formadas por personal independiente, cuyas decisiones son insustituibles, en cuanto cumplen una finalidad legislativamente dispuesta, manifestación del encargo del legislador de conformar una conducta administrativa discrecional.

/ CAPITULO QUINTO

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR DAÑOS DERIVADOS DE OMISIONES.
RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR POR LA MUERTE DE LOS BOSQUES.
EL CONTROVERTIDO PRINCIPIO DE CAUSALIDAD

I. *Consideraciones de carácter general*

Fundamentándonos en la relación Administración-Ley desde la perspectiva del Estado asistencial, donde la reserva de ley no puede interpretarse como un molde estrecho que impida a la Administración moverse más allá de los límites que marca aquélla, la decisión de permanecer inactiva, siempre que se adopte en el ámbito de decisión que a ésta afecta, no tiene por qué conceptuarse *per se* como antijurídica. Tomemos, por ejemplo, el supuesto que brindaría a la Administración la posibilidad de meditar su actuación, si el mandato legal de actuar se contiene en un precepto formulado de manera no imperativa. La valoración discrecional de adoptar o no determinada resolución, incluso la valoración de dictar o no un reglamento o disposición de carácter general, no puede negársele.

Sin embargo, la omisión razonada de actuar, en otras palabras, la inactividad de un órgano administrativo, ejercida según su valoración discrecional, puede imputarse como antijurídica si infringe las obligaciones que le están encomendadas o causa daños que pueden dar lugar a indemnización; pues incluso en el ámbito de la discrecionalidad administrativa no puede excluirse la revisión de si la medida que dejó de adoptarse era o no realmente exigible.

Es preciso en este momento hacer referencia al sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración vigente en la RFA, artículos 34 GG y 839 BGB, que, como se sabe, no está exactamente formulado en base a la responsabilidad objetiva imperante en nuestro sistema. En efecto, el artículo 34 GG se expresa como sigue:

«Cuando alguien en ejercicio de una función pública que le fuera confiada, violase los deberes que la función le im-

pone con respecto a un tercero, la responsabilidad recae, en principio, sobre el Estado o el órgano a cuyo servicio se encuentra. En caso de dolo o negligencia grave queda reservada la acción recusoria. Para la reclamación de daños y perjuicios, así como para la acción recusoria, no podrá excluirse la vía ordinaria» (213).

La reforma del sistema de responsabilidad administrativa que trató de escapar de la fórmula del artículo 839 BGB, anclada aún en la idea de culpa, no llegó al final de su camino, al considerar el Tribunal Constitucional federal que por tratarse de cuestión de responsabilidad administrativa recaía la potestad legislativa en la competencia de los *Länder*, y no de la Federación, procediendo a declarar la nulidad de la Ley de 26 de junio de 1981, de reforma de la responsabilidad del Estado. La sentencia (B Verf. GE, 61, 149) devolvió su vigencia al artículo 839 BGB, que, junto con el artículo 34 GG, completa la regulación de la materia. El referido precepto constitucional traslada al Estado la obligación de resarcir, como centro de imputación de responsabilidad, que, según el artículo 839 BGB, recaía en el funcionario; por otra parte, el término *jemand*, que el artículo 34 GG aplica (alguien), permite que no sólo funcionarios, sino también empleados y trabajadores (que forman parte de las categorías laborales que componen, junto con los funcionarios, el sector público), en el caso de infringir los deberes que la función les imponga, trasladen al Estado la obligación de resarcir si de ello derivasen daños a terceros.

De lo anterior se deduce que para que surja la obligación de resarcir, es preciso un comportamiento anormal, patológico o negligente, por quien asume las funciones administrativas, *Amtspflichtverletzung* (214).

Centrados ya en el tema que nos ocupa, convendría aislar tres aspectos diferentes del mismo: primero, el matiz expropiatorio que en la mayor parte de las ocasiones puede advertirse en los comportamientos inactivos u omisiones; segundo, la responsabilidad en que puede incurrir la Administración a través de conductas omisivas; tercero, la responsabilidad en que ésta incurre, y los daños que pueden causarse, cuando la responsabilidad por omisión de actos concretos o normativos viene a dispersarse entre ésta y el Estado legislador.

(213) Traducción del Departamento de Prensa e Información del Gobierno federal de Bonn, 1981.

(214) La bibliografía sobre el tema es extensísima. Así, BENDER, *Staatshaftungsrecht*, 3.ª ed., 1981; OSSENBÜHL, *Staatshaftungsrecht*, 3.ª ed., 1983; MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4.ª ed., 1985; RÜFNER, en ERICHSEN-MARTENS, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7.ª ed., 1985.

Son supuestos de responsabilidad por infracción de las obligaciones del cargo mediante culpa: la responsabilidad del funcionario (personal), la responsabilidad del Estado y la acumulación hipotética de ambas. En ambos casos es presupuesto de imputación de responsabilidad el ejercicio de un cargo público y el incumplimiento de los deberes impuestos respecto de terceros; existencia de conducta culpable y causalidad.

De la expropiación forzosa, y de la lesión que provoca un sacrificio especial, sur-

II. *Carácter expropiatorio de las omisiones que impiden ejercicio de derechos subjetivos*

En muy diversas ocasiones, la jurisdicción civil se ha planteado la cuestión —en el ámbito del derecho a edificar— de que se producen las circunstancias que dan lugar a indemnización no sólo con la denegación antijurídica de la licencia, sino también con el impedimento fáctico que produce la mera inactividad de la autoridad u órgano que debiera de otorgarla. El motivo no es otro que la analogía entre la expropiación propiamente dicha y cualquier otra injerencia semejante a la expropiatoria, si ambas se contemplan desde el resultado lesivo que producen (215).

También la doctrina se ha manifestado en idéntico sentido, advirtiendo que, por diversos caminos, la denegación ilícita y la omisión antijurídica coincidían en la expropiación de derechos (216). La toma de posición parte, pues, de equiparar las situaciones jurídicas derivadas de conductas positivas y negativas. Pero para ello se considera preciso que la obligación de actuar se imponga directamente en beneficio de un sujeto concreto, no de una colectividad; así lo matizó la sentencia de 6 de junio de 1968 (217) sobre la inclusión de una determinada parcela en un plan de urbanización, señalando que la obligación de tomar las medidas oportunas respecto del planeamiento no obliga frente a un sujeto concreto, según se dispone en el artículo 2 BBau G, y, por tanto, la no inclusión de aquélla en el plan —la omisión— no podía dar lugar a indemnización, y sólo resultaba relevante jurídicamente en el caso de que se demostrase que había producido disminución de situaciones materiales. Ello, evidentemente, representa un paso hacia el abandono de posiciones negatorias de indemnización en casos de omisión de actos normativos.

No puede decirse, sin embargo, que esta doctrina se acepte de ma-

gen igualmente derechos a resarcimiento; por otra parte, de preceptos administrativos especiales surge también la obligación de resarcir los daños, completándose así la responsabilidad en ejercicio del cargo. Entraña ventajas por cuanto no precisa prueba de culpa, se extiende al daño causado por empresas privadas gestoras de servicios administrativos, les ampara un plazo de caducidad de treinta años y la restitución no se limita a la indemnización en dinero de curso legal, contrariamente a lo que ocurre en la primera de las mencionadas. Entre éstas cabría citar la derivada de gestión de funciones sin encargo, la responsabilidad por riesgo (de centrales eléctricas, nucleares, aeropuertos, aguas, etc.); también, las derivadas del propio Estado social de Derecho (policía, ordenanzas de seguridad de escuelas, estudiantes, etc., en casos de accidentes, actos de autoridad y coacción material y actos de modificación y alteración del planeamiento).

Un análisis de lo anterior en J. LEGUINA VILLA, *La responsabilidad de la Administración Pública*, Madrid, 1983.

(215) BGH 25 junio 1959, publicada en NJW, 1959, pág. 1775; BGH 28 febrero 1966, publicada en NJW, 1966, pág. 884, y DV Bl, 1966, pág. 309.

(216) W. LEISNER, *Gefährdungshaftung im öffentlichen Recht?*, VVDStRL, 20, 1963, pág. 185; LUHMANN, *Öffentliche-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet* 1965, pág. 112.

(217) BGH, publicada en DV Bl, 1969, pág. 207.

mera pacífica, y ello puede comprobarse en la sentencia de 29 de marzo de 1971 (218), en la que el Tribunal no reconoce derecho a percibir indemnización ni con base a haberse producido una lesión de carácter expropiatorio ni con base a que se hayan vulnerado por el órgano administrativo las obligaciones que la función imponía, volviendo a la antigua fórmula de que «no puede hablarse de lesión de carácter expropiatorio sino cuando a través de medidas o actos de soberanía —ley, acto administrativo o cualquier tipo de actuación administrativa— se interviene de forma directa ante situaciones jurídicas que gozan de la protección del derecho de propiedad y a través de las que se produce de manera también directa una lesión al afectado por aquélla».

Curiosamente, la anterior decisión nos lleva directamente al objeto que pretendemos analizar, pues se trata de una omisión del Gobierno del *Land*, al no adoptar las medidas reglamentarias suficientes para anular la explotación obligatoria de viviendas, al amparo de la ley anterior que así lo determinaba. Y si bien no podemos hacerla valer desde el punto de vista de la pretendida acción de resarcimiento, sí podremos a través de ella introducirnos en el problema del comportamiento omisivo antijurídico, aun cuando de ella no se pruebe la causación de un sacrificio especial, que, por otra parte, sentencias anteriores ya reconocían como tal (219).

El hecho es que fundamento para reconocer cualquier pretensión indemnizatoria frente al comportamiento normativo antijurídico —del que forma parte la omisión— ha de ser el grado de afectación de la norma frente a terceros individualizables o, análogamente, la omisión de dictar la norma y sus efectos sobre aquéllos. Evidencia lo anterior el argumento de que tanto legislador como Administración, en ejercicio de potestad reglamentaria, garantizan el interés general y, sólo excepcionalmente, el individual. Con base en ello, el Tribunal cierra su razonamiento señalando que derogar reglamentariamente una medida coactiva —que efectivamente imponía restricciones económicas en tanto no se levantase lo que debió de hacerse anteriormente en cumplimiento de una ley que expresamente lo determinaba— es precepto de orden objetivo, por cuyos efectos pueden sentirse afectados pluralidad de sujetos, pero que no pasa a ordenar directamente un comportamiento.

No parece adecuado el resultado que se obtiene volviendo el argumento en términos de omisión. Pues si bien estamos de acuerdo en que de una regla objetiva no se deriva ninguna consecuencia por lo que respecta al órgano que la dicta en el cumplimiento de su deber de actuar, ello no quiere decir que de su no adopción no puedan derivarse lesiones concretas, producidas precisamente por el abandono de un deber de actuar legalmente impuesto, que tanto el artículo 839 BGB como el 34 GG no llegan a cubrir. Es decir, por qué no aplicar para el caso de la omisión de actos normativos idéntica teoría que para los concretos de carácter antijurídico, cuando producen lesión. Pues, de esa forma, los

(218) BGH, publicada en NJW, 1971, pág. 1172.

(219) BGH 25 mayo 1960, publicada en NJW, 1960, pág. 1149.

económicamente perjudicados por la omisión antijurídica, si ésta se produce por la inactividad en dictar la norma, se encuentran jurídicamente menos protegidos que si derivase ésta de la omisión de un acto concreto, y la protección jurídica plena que garantiza el artículo 19.4 GG se diluye por causa de la argumentación esgrimida y de los efectos de las normas frente a terceros (220).

III. *Dimensión individual y general de los intereses protegidos por la responsabilidad por conductas omisivas o inactivas*

De la regulación actual del instituto de la responsabilidad se derivan tres tipos de intereses protegibles claramente diferenciados, que generan, a su vez, una casuística totalmente diferenciable:

- La derivada de transgresión de obligaciones principales o accesorias existentes en el marco de relaciones jurídicas administrativas, impuestas directamente en función de protección de terceros.
- La derivada de infracciones a normas de comportamiento estatal impuestas en beneficio y protección de la colectividad.
- La derivada del monopolio de supervisión genérico de protección de la colectividad que el Estado ostenta.

Traducido a supuestos de inactividad, el primero de estos casos mostraría, o habría de mostrar, una relación directa entre infracción de obligaciones mediante omisión y daño provocado a los terceros que habrían de ser directamente beneficiados por la norma, o en cuyo favor se impusieron a la Administración las referidas obligaciones; los dos últimos, sin embargo, empañan la visión nítida de la relación establecida en el primero, por cuanto los deberes genéricos de comportamiento del Estado para con la colectividad son difícilmente deducibles si lo que media es una conducta inactiva; más difícil aún resultará deducir cuál de los comportamientos hipotéticamente omitidos resultó ser el decisivo para provocar el daño.

A lo anterior debería añadirse, como circunstancia atenuante de la omisión administrativa, el mayor o menor grado de precisión del mandato normativo de actuación, comportamiento o conducta administrativa, tanto por lo que respecta a la adopción de reglamentos como de actos concretos. Bien es cierto que el éxito de las acciones dirigidas a obtener indemnización por omisión de dictar normas ha sido incomparablemente inferior al correspondiente a la adopción de actos concretos. Así, por ejemplo, la no regulación en su momento oportuno de reduc-

(220) En forma análoga a la de la sentencia citada argumenta WOLFF-BACHOF, *Verwaltungsrecht*, vol. I, 1974, pág. 539, utilizando la fórmula del sacrificio especial referida a casos en que no todos los afectados por los mismos intereses son afectados por la norma en igual intensidad; es decir, cuando individuos o grupos de personas vienen a ser lesionados en forma distinta, desigual o desproporcionada frente a aquellos a quienes amparan idénticos intereses.

ciones en los alquileres, existiendo habilitación legal para ello, o la falta de levantamiento de una prohibición que opera en forma de carga para la propiedad (221), no se han entendido resarcibles, como ya dijimos.

Es evidente que el resarcimiento por conductas omisivas causantes de daños puede obtenerse más claramente si aquéllas obedecían a deberes impuestos en beneficio concreto de terceros que si, por el contrario, aparecían como deberes genéricos impuestos en beneficio de la colectividad, donde la relación de causalidad se desdibuja en una serie de causas múltiples que inciden rompiendo la relación omisión-daño. La fuerza de la tesis de los derechos subjetivos vuelve a manifestarse también en este momento. La ventaja que otorga la norma o su reflejo, traducido en conducta administrativa, es fácil de reconvertir en lesión cuando, a través de la lesión, al particular se le priva de aquélla.

Por otra parte, como ya hemos apuntado, la causa identificable como dañosa en los supuestos de lesión por infracción de deberes impuestos es deducible de la propia norma, aun tratándose de conducta discrecional, ya que, como señala PAPIER (222), la infracción del deber del cargo por actos discrecionales viciados puede sólo convertirse en causa de daños patrimoniales para terceros si, en el caso de tratarse de una actuación discrecional libre de cualquier vicio, no se hubieran derivado daños, o cuando menos daños de aquella magnitud.

Por otra parte, de la norma que impone tan sólo deberes genéricos de protección de un sector de bienes jurídicamente protegibles, permaneciendo bajo criterios administrativos la elección del cómo, el sí y el cuándo de la intervención, es difícil deducir de cuál de las conductas omitidas derivaron los daños, y en especial el impacto de la omisión entre los afectados pluralmente.

Con ello no se pretende confundir los términos ni provocar una regresión doctrinal, pues es indiscutible en estos momentos que la tesis de que la actividad de intervención (actividad de policía) viene impuesta sólo en interés de la colectividad, y no en interés del individuo, debe considerarse superada, ya que vida, salud, libertad o propiedad, contempladas como bienes individualmente protegibles, habilitan la intervención de policía desde una perspectiva de defensa del interés puramente individual.

A efectos de responsabilidad, entendemos que es admisible tal diferenciación, especialmente cuando la omisión de actividad lesiona bienes jurídicamente protegibles en interés de la colectividad, como el medio ambiente, con grave incidencia en las vidas, salud y bienes de los individuos. No en vano desde tiempo atrás han sido reconocidas por los Tribunales civiles pretensiones por inactividad de las autoridades gubernativas de policía (223).

Ante todo lo expuesto cabe preguntarse lo siguiente: si el daño cau-

(221) M. SCHRODER, *Haftungsprobleme bei unterlassener Normsetzung der Executive*, JVS, 1973, pág. 355; J. SCHWABE, *Enteignungsentuschädigung wegen Nichtaufhebung eines Verbots*, JVS, 1974, pág. 26.

(222) H. J. PAPIER, *Wirtschaftsaufsicht und Staatshaftung*, JVS, 1980, pág. 265.

(223) BGH 5, 319 (320), 832 (833 y ss.); 11, 462 (463).

sado respecto a la colectividad puede llegar a identificarse a través de la lesión a personas o bienes concretos, ¿es posible identificar de cuál de las obligaciones omitidas, cualquiera que fuera su género, puede originarse el otro polo de la relación causal? La respuesta puede ser difícil; quienes se atreven a formularla avanzan un convencimiento con reservas y proponen, en el fondo, medidas que tiendan a compensar la imposibilidad de aislar la conducta omisiva, precisamente a través de la búsqueda de fórmulas como la responsabilidad solidaria de las Administraciones Públicas o el señalamiento de medidas compensatorias colectivamente evaluadas.

Decisivo es partir, pues, de tres premisas: primera, que cuando el daño incide en intereses individuales protegibles en razón de la propia colectividad, no es posible acertar de cuál de las instancias administrativas implicadas en el mismo ha procedido el daño derivado de sus conductas omisivas; segunda, la protección completa del interés individual sólo se obtiene atribuyendo carácter solidario a la responsabilidad y, consecuentemente, a la obligación de resarcir; tercera, cualquier medida compensatoria de carácter colectivo debe entenderse que no alcanza la totalidad del resarcimiento.

Estimamos por ello necesario hacer referencia a la decisión de 13 de febrero de 1976 (224), ratificada por posterior jurisprudencia y doctrina. Se parte en ellas de que cuando es imposible aislar causas y causantes del daño, responden todos solidariamente de manera ilimitada, por tratarse de inmisiones no identificables. Sin embargo, no dejan de elevarse críticas que reprochan a la citada posición jurisprudencial falta de justificación tanto de carácter material como de carácter dogmático, ya que la inversión de la carga de la prueba que verifica tan sólo podría producirse (830.1.2 y 906.2.2 BGB) en el caso de que cada uno de los causantes hubiese podido causar el total de los daños; que la responsabilidad opere solidariamente implica que la pretensión deducida contra un causante concreto no encuentra respaldo ni acogida por parte del Tribunal.

Pese a que la decisión anterior viene a referirse a inmisiones ambientales producidas por personas jurídico-privadas, cabe pensar que parte de sus planteamientos habrían de ser extensibles al enjuiciamiento de la conducta administrativa inactiva, cuando la falta de adopción de medidas es, por ejemplo, causa de lesiones ambientales, como ocurre con la emisión de dióxido de sulfuro, conocido por «lluvia ácida», que está provocando la alarmante «muerte de los bosques» en la RFA. En efecto, la solidaridad mencionada, que no resulta aplicable para accionar por las vías de la responsabilidad civil, sí puede serlo al accionar contra entes públicos administrativos, cuanto menos en lo referible a la concausación, ya que si bien no cabe trasladar contra quien causa daños insignificantes al medio ambiente la responsabilidad solidaria de los causados de carácter grave, no rezaría lo mismo ante las Administraciones Pú-

(224) BGHZ 66, 70, publicada en NJW, 1976, pág. 797, comentada por A. NAWRATH en NJW, 1982, bajo el título *Die Haftung in Fällen der Unaufklärbarkeit der Verursachungsanteile bei Summierten Immisionen*.

blicas, a menos que la magnitud del daño excediera de sus posibilidades de actuación.

No parece, sin embargo, que eso vaya a ser la solución que definitivamente se adopte, sino, antes al contrario, la que permita difuminar, posiblemente, en un mar de consecuencias y nexos causales sin suficiente prueba, una de las peticiones de responsabilidad por inactividad de mayor trascendencia en los momentos actuales.

El impacto que en la doctrina, jurisprudencia e individuos está causando la omisión del deber de actuar, tanto del ejecutivo como del legislativo; su repercusión en los daños producidos por la «lluvia ácida», y su incidencia en los bosques, es muy grave, pues dejando aparte las connotaciones políticas y económicas que le acompañan, representa un caso típico de lesiones al medio ambiente, con producción de daños individualizados provocados por supuestas omisiones de ejecutivo y legislativo. Del estado procesal de las pretensiones cabe intuir que la responsabilidad de los poderes públicos no cubrirá la reparación de las consecuencias de su inactividad. Al igual que cabe mantener, según LEISNER (225), que no aguarda el éxito a los accionantes que por la vía del Derecho privado accionen contra los productores de lesiones.

IV. Aspectos jurídicos de la lesión por inactividad del ejecutivo en el supuesto de bosques afectados por inmisiones contra el medio ambiente. La causalidad

Antes de comenzar este estudio conviene anticipar que no se trata de un brillante tema, poco más o menos que de ciencia-ficción, sino de un problema económico de índole estatal en el que está comprometida, en cierto modo, también la comunidad internacional, y que preocupa de manera espectacular a la doctrina científica (226).

Para un análisis de la situación debe advertirse que las inmisiones ambientales están reguladas por la *Bundesimmissionsschutzgesetz*, cuyos fines y objetivos debían conseguirse a través de las directrices técnicas del *TA-Luft*, en vigencia desde 1974, a las que se ha reprochado en incontables ocasiones su falta de idoneidad para conseguir los fines propuestos por el artículo 1 de la *BImSch G*, ya citado; prueba de ello es que en la actualidad se está procediendo a una revisión de las directivas

(225) W. LEISNER, *Waldsterben*, CH, Munich, 1983.

(226) Según datos de 1985, tomados de J. HOFMANN, *Rechtsschutz für den Wald*, ZRP, 1985, pág. 164, en el territorio federal, sobre la superficie total de hectáreas de bosque, se encuentra un 25 por 100 en la fase de «enfermando», un 8,5 por 100 en la fase de «enfermos» y un 0,9 por 100 en la fase de «seriamente dañado, muriendo»; las cifras anteriores representan un 34 por 100 de la superficie total de bosques que sufre en la actualidad, o viene sufriendo, los efectos de la lluvia ácida.

Analizando las cifras desde cada uno de los *Länder*, resulta especialmente espectacular la que arroja Baden Württemberg, en la actualidad de industria creciente, con respecto a los restantes, pues resulta dañado un 49 por 100 del total de su superficie de bosques; seguido de Bayern, con un 46 por 100, y de Nordrhein-Westfalen, con un 35 por 100.

del *TA-Luft*, con el consentimiento del *Bundesrat*, por ser cosa también de los *Länder*, bajo el intento de paliar la escasa repercusión que ha tenido el principio de cooperación instituido por la mencionada ley, que ha quedado reducido a un mero intercambio de información o mera colaboración entre los órganos administrativos autorizantes y quienes manejan o explotan las instalaciones industriales susceptibles de producir inmisiones.

Plantearemos el problema de los daños causados y las pretensiones indemnizatorias desde dos puntos de vista distintos: el de la Administración y su conducta a seguir a través de actos normativos o concretos, y el de los particulares que, sufriendo actualmente daños en sus bienes, han planteado ya las acciones oportunas en demanda de resarcimiento.

1. *La actuación administrativa.* La obligación de evitar daños e inmisiones al medio ambiente venía impuesta desde la ley reguladora de protección de inmisiones, BImSch G. Agresores potenciales del medio ambiente son todo tipo de industrias e instalaciones, de mayor o menor envergadura, que precisan autorización para su instalación, según la BImSch G. El artículo 17 de la referida ley otorga al Estado el derecho a dictar reglamentaciones dirigidas a la reducción de toda inmisión lesiva para el medio ambiente.

La potestad reglamentaria tiende a diversificarse hacia dos aspectos distintos; por una parte, el artículo 17.1.2 BImSch G determina que la Administración debe dictar disposiciones cuando detecte que colectividad o vecindad no están suficientemente protegidas frente a cualquier tipo de injerencia lesiva para el medio ambiente. Fundamentalmente se trata de disposiciones tendentes a proteger núcleos determinados de vecindad.

Según el artículo 17.1.1 BImSch G, la Administración puede también dictar preceptos que hagan efectivo el cumplimiento de las obligaciones impuestas en la ley. Esta posibilidad, que puede utilizar la Administración con carácter potestativo, viene a estar inmediatamente relacionada con el principio de asistencia reconocido en el artículo 5 BImSch G, según el cual las instalaciones cuidarán de que de su explotación no se produzcan daños ambientales, y limitarán su potencial de agresión ambiental siempre que fuere necesario. El principio se justifica con base a que la emisión de materias peligrosas puede convertirse directamente en emisiones que dañan los bienes jurídicamente protegibles, pero está, a su vez, limitado por el principio constitucional de proporcionalidad.

De lo anterior cabe afirmar que la Administración debe tomar sus medidas reglamentarias de protección cuando el deber de asistencia que obliga a toda industria frente a la colectividad no es observado por éstas, y de forma también discrecional, según el artículo 17.1.1 BImSch G, la Administración puede obligar a la instalación de mecanismos correctores en el caso de que los existentes sean insuficientes.

Para llevar a cabo el control de las instalaciones, la adopción de medidas concretas e incluso la proposición de disposiciones, la Administración cuenta con las autoridades y órganos de inspección, fundamen-

talmente competencia de los *Länder*; lo que implicará en el juego de la responsabilidad no sólo al Estado federal, y que debería resolverse, llegado el caso, bajo criterios de responsabilidad solidaria. La dimensión del peligro es conocida por ambos, y en marzo de 1983 el Consejo de Expertos de Medio Ambiente emitió un dictamen especial sobre la cuestión *Daños en los bosques y contaminación ambiental* (227).

El funcionamiento anormal, tardío o la mera inactividad de las autoridades implicadas puede resultar constitutivo de una lesión de carácter expropiatorio si, pese a la función social de la *propiedad* (art. 14.1 GG), ésta pierde la parte de aprovechamiento particular que corresponde a su titular. Puede entenderse que toda intervención que sobrepase el régimen normal de explotación de un bosque (renta anual por podas anuales, según crecimiento) es un sacrificio expropiatorio que excede de la función social a que la propiedad del bosque viene a estar sometida; teniendo en cuenta que el fenómeno provocado por la «lluvia ácida» afecta no sólo a árboles ya desarrollados, sino que ataca preferentemente a los en crecimiento. Ante la perspectiva referida, y dado que la enfermedad que a los bosques afecta se califica de carácter irreversible, se evidencia la disminución patrimonial de los propietarios de bosques, que año tras año pierden no sólo rentas de propiedad, sino también propiedad misma (228). Parece, pues, que la lesión supera los límites de la función social de la propiedad.

Curiosamente, el resultado lesivo ha venido a producirse por *omisión* de intervención administrativa, o por omisión de intervención suficiente, de forma que el impacto sufrido ilegítimamente en bienes protegibles se ha producido por inactividad antijurídica, allí donde existía obligación legal de actuar.

Podría, sin embargo, alegarse que no se ha producido una auténtica inactividad, sino simplemente omisión de conductas positivas diversas. El efecto viene a ser el mismo, ya que omisión e inactividad son productoras de lesión cuando repercuten de manera efectiva y tangible en el círculo del afectado. Que el Estado tiene la obligación de tomar las medidas oportunas para la protección ambiental, y en especial para la protección de los bosques, se deriva de la legislación federal de bosques y de la ley contra inmisiones ambientales, tantas veces citada, que persigue el objetivo de proteger hombres, animales y plantas de cualquier tipo de alteración contraambiental, siendo precisamente los bosques quienes originan buena parte del ciclo natural compuesto por clima, humedad, aguas y pureza ambiental. Estos objetivos obligan al Estado para con los ciudadanos, ya que debe protegerlos frente a cualquier lesión que a través de estos elementos puedan sufrir; pero también protegen a los propietarios de bosques en su derecho fundamental, cuya función no es sólo la de defensa contra eventuales e hipotéticos daños, sino también la de constituir y fundamentar decisiones positivas de cualquier rango y forma que impidan perturbaciones o lesión de tales derechos

(227) BT Drucks, 10/113, publicado en 8 de junio de 1968.

(228) L. V. USSLAR, *Juristische Aspekte des Waldsterbens*, NR, 1983, pág. 289.

fundamentales (B Verf. GE, 49, 89, 141, *Kalkar-Beschluss*, tantas veces citada; B Verf. GE, 53, 30, 57, *Mülheim-Karlich*).

El Estado está obligado a la protección de los bosques, por una competencia superior a él mismo, derivada de los contratos internacionales y del Derecho de las Comunidades Europeas, aun cuando puede decirse que es consciente de que su responsabilidad ha traspasado límites que podrían ser lesivos para el Derecho comunitario (arts. 36 y 100 del Tratado de Roma, de cuyos preceptos se han derivado múltiples directivas, especialmente en los años setenta, encaminadas a regular la materia, cuya aplicación desplaza por rango jerárquico al Derecho territorial).

2. *Formas de control omitidas hipotéticamente causantes de la inactividad.* Sin un convencimiento excesivo sobre el peso que estas dos instituciones de supervisión puedan ejercer y el alcance de sus medidas de control, pasaremos a estudiarlas separadamente, pues son manifestación de principios diferentes.

La supervisión administrativa, *Verwaltungsaufsicht*, comprende la totalidad de facultades de control que en el marco de las relaciones de desconcentración ejercen los órganos administrativos superiores sobre los inferiores, y se extiende a aspectos jurídicos y de conformidad con la finalidad de los actos.

Derivada del principio de desconcentración, es característica de los órganos administrativos incluidos en unidades orgánicas completas: la Federación, los *Länder*, los municipios, agrupaciones municipales, así como las numerosas corporaciones, instituciones y fundaciones de Derecho público, son sus titulares.

Puede hablarse de supervisión administrativa también entre titulares de ésta entre sí, cuando el reparto de funciones se efectúa de forma que el ejercicio de la función es asumido por uno de ellos de manera completa. En este caso, el alcance de la inspección se advierte distinto en cuanto a su intensidad, que el ejercido sobre órganos de un mismo titular, pudiéndose describir como inspección en sentido amplio (así podría describirse la supervisión federal, según el artículo 85 GG, y la inspección de la Federación y de los *Länder* sobre órganos de la Administración estatal indirecta).

El fin del instrumento de control citado es que el proceso de ejecución transcurra de forma correcta para los órganos superiores, y se mantenga en el marco de la dirección que los órganos de ejecución tienen atribuido.

Junto con los anteriores, sirve también de control interno garante de protección frente a los administrados, lo que se manifiesta cuando el procedimiento de control se ejercita a través de una orden de contenido jurídico, en defensa del individuo afectado por una medida administrativa determinada.

Desearíamos resaltar a este respecto la importancia del ejercicio del derecho de emitir observaciones a los inferiores, como una de las formas de ejercicio de tales facultades, más efectiva por lo que respecta a un hipotético control de inactividad. A través de éstas puede transformarse

un acto de control en acto inmediatamente ejecutivo, por el que se advierte al inferior que de inmediato se abstenga del ejercicio de medidas antijurídicas, de la misma forma que se le puede conminar al ejercicio de actividad determinada, o a cesar en su inactividad; a la vez que puede ponerse fin a medidas o actos lesivos o antijurídicos de carácter habitual, a través del dictado de instrucciones y, en su caso, de disposiciones de carácter interior, a las que están obligados los órganos administrativos a través del deber de obediencia de los servidores públicos. Esta forma de supervisión descrita se distingue inmediatamente de otra de carácter sectorial, o en razón de la materia, de marcada naturaleza finalista.

Es de resaltar que la adopción de medidas represivas frente a comportamientos incorrectos no forma parte del contenido de la *Verwaltungsaufsicht*, puesto que aquella competencia corresponde a las autoridades que ejercen la potestad disciplinaria.

Menos apropiada que la anterior para lograr una estricta prevención o represión de conductas inactivas, la *Bundesaufsicht* es manifestación del principio de coordinación federal. Debido a la estructura propia de tal forma de organización estatal, la distribución de funciones entre Estados miembros y Federación se realiza de forma que cada Estado ejercita su ámbito propio de funciones, debiendo de observar que su actividad será concorde con los intereses de los restantes Estados. Sus manifestaciones en la *Grundgesetz* son diversas. Pueden resaltarse el artículo 93.1.3.4 GG, sobre el conocimiento del Tribunal Constitucional federal de los litigios entre Federación y Estados miembros; la influencia del *Bund* sobre los *Länder* a través de las garantías de éste (art. 28.3 GG); la coacción federal, *Bundeszwang* (art. 37 GG); la supervisión federal (art. 84.3 GG); la intervención federal (art. 91.2 GG).

Se reconocen en la *Grundgesetz* dos formas diferentes de supervisión federal; la existencia de una tercera, de carácter independiente, es aún discutida (229).

Según el artículo 84.3 GG, la Federación ejercita la supervisión del cumplimiento y ejecución de la legislación federal por parte de los *Länder*, lo que es el supuesto normal, puesto que a falta de precepto que disponga lo contrario en la *Grundgesetz*, los *Länder* ejercitan las leyes de la Federación como asunto propio de éstos. En el marco de las facultades de supervisión se extiende ésta a la legalidad del comportamiento de ejecución de la mencionada legislación.

Según el artículo 85.4 GG, la Federación supervisa el comportamiento de los *Länder* en tanto éstos ejecutan las leyes federales por encargo del *Bund*. En este supuesto, las facultades mencionadas se extienden a la legalidad y a la finalidad de los actos que se adopten. En este caso, las competencias de dirección están atribuidas a la Federación, lo que redonda en un ejercicio más estrecho de las facultades de supervisión.

Sin que sea éste el momento de profundizar en las características y naturaleza de esta figura, salvo a los solos efectos que nos interesan

(229) J. FROWEIN, *Die Selbständige Aufsicht nach dem Grundgesetz*, Bonn, 1961.

como control de inactividad que podría ejercitar la Federación sobre los *Länder*, debemos señalar lo siguiente.

Según MANGOLDT (230), ejecución de las leyes federales significa, hoy, tanto su cumplimiento como su aplicación, por lo que la *Bundesaufsicht* debe dirigirse no sólo al mero cumplimiento de leyes, sino también a la comprobación de si éstas observan los mandatos y prohibiciones a ellos dirigidos.

Sin embargo, una concepción estricta de la supervisión federal resulta hoy superficial, sobre todo centrada únicamente en el control de legalidad de los actos, ya que la jurisdicción correspondiente se encarga de revisar las lesiones que los particulares sufran en sus derechos por infracción de la legislación mencionada (y, evidentemente, de cualquier otra).

Existiendo una resolución judicial se verán vinculadas a ella las instancias de petición, a través del principio de independencia del poder judicial; en cuanto se pretendiera una corrección de la conducta del *Land* en ejercicio de la supervisión federal, se infringiría el principio de sometimiento a las resoluciones judiciales a las que el *Land* está obligado.

Supervisión federal y procedimientos judiciales persiguen intereses distintos. La primera obliga con respecto a los Estados en litigio, mientras que los segundos obligan al Estado con respecto del individuo, aunque por ello no dejan de evitarse influencias recíprocas entre jurisdicción y supervisión. MANGOLDT (231) advierte que existiendo una jurisdicción federal en la que culminan cinco ramas, incluyendo la jurisdicción constitucional, que actúan por interés de los particulares, graves infracciones a la legislación federal van a dejar de controlarse y detectarse.

Otra cuestión es la de si existe un derecho a que se ejercite en la debida forma la supervisión federal, problema que queda por resolver, al igual que queda por resolver el tema del derecho a exigir una conducta administrativa activa, aun cuando se trate ésta del ejercicio de funciones de supervisión, lo que sólo surgiría al sentirse el particular lesionado en sus derechos.

En la misma línea de considerar superficial la supervisión federal para el caso de incumplimiento de la legislación del *Bund* se manifiesta DUX (232), al expresar que si a través de ello se lesionan derechos fundamentales, el ciudadano tiene garantizada una protección jurídica completa.

3. *El reverso de la moneda. La lesión sufrida por los propietarios en sus bienes jurídicamente protegidos.* Los propietarios de bosques seriamente lesionados han llegado a la conclusión de que deberían ejercitar acciones contra quien ha permitido, a través de deficitaria super-

(230) H. VON MANGOLDT, *Von heutigen Standort der Bundesaufsicht*, FV Ed., 1966, pág. 75.

(231) *Op. cit.*, pág. 76.

(232) G. DUX, *Bundesrat und Bundesaufsicht*, Berlin, 1963, pág. 62.

visión y tutela, tanto sobre el medio ambiente como sobre las industrias, la producción de daños en sus propiedades, que no es otro que el Estado, conscientes de que tropiezan con dos escollos difíciles de salvar, la problemática causalidad y el difícil tema de la imputación.

Tropiezan, además, como señala LEISNER (233), en un impresionante dictamen, con que su oponente cuenta con el monopolio de la información exacta de los daños, y son conscientes de que el Estado no va a resultar pródigo en facilitar sus datos celosamente informatizados. Por otra parte, el Estado posee también el monopolio de la investigación, ya que posee la fuerza financiera para realizar toda clase de estudios sobre medio ambiente, por lo que cabe también decir que posee el monopolio del conocimiento.

La posición del ciudadano, y en especial la del ciudadano dañado en sus bienes, se debilita de manera progresiva ante la fuerza de su oponente, pese a que aquél posee el encargo de velar por el medio ambiente, en beneficio de los intereses públicos, aunque no pueda hablarse con absoluta tranquilidad de un derecho fundamental al medio ambiente. Pese a ello, no puede ignorarse que el Estado posee el monopolio jurídico y fáctico de establecer una orden observable no sólo por quienes son parte en el litigio que nos ocupa, sino también para la colectividad.

Bajo las anteriores advertencias, aconseja LEISNER (234) que la cuestión indemnizatoria derive por los cauces de la responsabilidad pública, no por los cauces civiles, pues «la muerte de los bosques es hoy indiscutiblemente un fenómeno de importancia nacional, quizá una catástrofe nacional... y los estados de emergencia de carácter nacional no son objeto adecuado para pleitos civiles».

Hechas las anteriores observaciones, dividiremos nuestro análisis de la forma siguiente: derechos que asisten a los propietarios de bosques para exigir una conducta positiva del Estado (inspección, supervisión administrativa y vinculación de la Administración a las leyes); requisitos para que surja la obligación de resarcir (causalidad, culpa y defectuosa inspección); posición jurisprudencial en las decisiones recientemente recaídas sobre este tema.

Respecto al primero de los temas citados, cabe decir que el Estado, incumpliendo su obligación de realizar una actividad inspectora y supervisora adecuada, «ha vulnerado derechos» de los accionantes, según el artículo 19.4 GG. Del incumplimiento de obligaciones emanadas de la BImSch G se han derivado daños patrimoniales, no existiendo dudas de que los propietarios referidos se encuentran en la situación de «terceros» afectados, en cuyo favor las normas imponen a la Administración una determinada norma de conducta protectora.

Como directamente beneficiados por la norma, o en su condición de terceros, gozan del derecho a que no se permita instalación alguna cuya actividad sea contaminadora o lesiva para el medio ambiente, a que se revisen las instalaciones que no precisan autorización, y a que se dicten

(233) W. LEISNER, *Waldsterbens*, op. cit., pág. 9.

(234) W. LEISNER, op. cit., pág. 10.

las disposiciones reglamentarias que eviten la proliferación de emisiones perjudiciales convertibles con posterioridad en lesivas para el medio ambiente. Si lo anterior puede hacerse valer en un proceso contencioso, más difícil resultará poseer los datos que permitan conocer en qué sentido hubo de dirigirse el hacer —u omitir— para que la jurisdicción pueda revisar la omisión o defectuoso comportamiento administrativo.

Junto con esos derechos de carácter principal, derivados directamente de la BImSch G, coexisten otros de carácter accesorio, resaltados por LEISNER (235), a ser informados y a obtener las explicaciones oportunas para que, en caso de pretender los afectados hacer valer sus derechos, les asistan condiciones que les sitúen de forma equiparable con cualquier otra circunstancia no relacionada con el medio ambiente.

La discrecionalidad administrativa en cuanto a la intervención debe ser reducida prácticamente a cero cuando peligran bienes como la salud y la vida; por eso no puede la Administración ampararse en su propia discrecionalidad (intervención o tolerancia) respecto de aquellas industrias que, por ser obsoletas en cuanto a su instalación o permanecer ya tantos años en funcionamiento, desbordan los límites impuestos en la BImSch G.

Ello implicará, evidentemente, adopción de medidas desfavorables para industriales, aun cuando se mantenga la relación costes-riesgo o, en suma, los principios de proporcionalidad y ponderación.

Es de tener en cuenta que las normas técnicas que verifican los niveles de inmisión admisibles están contenidas en preceptos administrativos, como el *TA-Luft*, que tienen fuerza vinculante para la Administración, pero que carecen de fuerza normativa frente a terceros, por lo que cualquier juez puede examinar, como advierte LEISNER (236), en cada caso concreto si a través de la aplicación del *TA-Luft* pueden conseguirse los objetivos que la BImSch G pretende; en otras palabras, la Administración no puede refugiarse bajo el cumplimiento exacto del *TA-Luft*, ya que los Tribunales podrían declarar nulos los valores del *TA-Luft*, por desviar los fines de la ley, o inconstitucionales, por no proteger debidamente el derecho de propiedad en lo que respecta a los bosques. Lo que no resulta más que una consecuencia de la vinculación administrativa a la ley.

Por lo que respecta a la acción de resarcimiento, y en concreto a los requisitos que se precisa para que pueda ésta hacerse valer con éxito, cabe decir —aunque sea utilizando razonamientos análogos a los que se hacen valer en otro tipo de obligaciones— que en el derecho de protección ambiental se han desarrollado una serie de obligaciones administrativas que fundamentan frente al ciudadano una cierta posición de garantía o derecho a que se ejerzan funciones de supervisión e inspección que detecten correctamente y a tiempo cualquier lesión; la analogía referida se efectúa porque en la jurisprudencia, la significación del tercero afectado va cobrando mayor intensidad, y la obligación del Estado

(235) W. LEISNER, *op. cit.*, pág. 21.

(236) W. LEISNER, *op. cit.*, pág. 35.

de responder ante cualquier evento, surge claramente cuando el individuo pierde la posibilidad de protegerse a sí mismo, lo que se observa especialmente en situaciones de riesgo, en la actividad e intervención de policía. Únicamente en los supuestos en que existiesen insuficientes medios de supervisión e inspección para llevarla a cabo, podría el Estado verse liberado de su responsabilidad; según LEISNER (237), aun con dificultades presupuestarias, el Estado debe hacer frente a su responsabilidad.

Lo anterior ha sido inevitable de precisar, por cuanto que al estudiar la causalidad —imprescindible para fundamentar una petición contra el Estado— deberá demostrarse que el comportamiento estatal defectuoso respecto a la vigilancia del medio ambiente resultó decisivo para la lesión ambiental; lo que, a la inversa, sería argumentable de la siguiente forma: si el comportamiento estatal respecto al medio ambiente se hubiera llevado a cabo a través de autoridades que hubieran aplicado una vigilancia seria, no se hubieran provocado daños con respecto al medio ambiente ni con respecto a los propietarios de bosques. Lo que tampoco puede predicarse con esa facilidad y sencillez.

Cualquier argumento se debilita ante la serie de concausas y el número indefinible de agresores ambientales en potencia, que, en la mayor parte de las veces, producen los daños en lugares alejados de donde la inmisión está teniendo lugar, bien sea por factores atmosféricos, climatológicos o de situación.

Cabe admitir, cuanto menos, que si la falta de corrección de un procedimiento de autorización de industria, o su ejecución defectuosa, es causa de inmisiones ambientales, debe valer, inversamente, que si a pesar de la autorización se producen daños, la causa de éstos es la defectuosa inspección.

Si bien los perjudicados no deberán, según LEISNER, demostrar con qué medidas hubiera podido evitar el Estado los daños referidos, tampoco éste puede refugiarse en el principio de fuerza mayor para excluir su propia responsabilidad, ya que las circunstancias y causas esenciales que lo motivaron están en su propia conducta y no proceden del exterior.

Por lo que respecta a la culpa, requisito preciso en el régimen de responsabilidad de la RFA, es preciso que, bien por culpa o bien por negligencia, el órgano competente infrinja los deberes de su cargo, sin que sea preciso que individualizadamente se proceda a probar de qué órgano competente se deriva el incumplimiento culposo de deberes del cargo, puede pasar a valorarse la existencia de culpa a través de los siguientes datos:

- si se procedió o no a estudiar las causas de los daños, por sí o por los órganos especializados;
- si se procedió o no a autorizar nuevas industrias mientras no quedaba aclarada suficientemente la procedencia de los daños;

(237) W. LEISNER, *op. cit.*, pág. 70.

- si se procedió o no a dictar disposiciones que trataran de impedir inmisiones de instalaciones ya existentes;
- si se intervino en forma suficiente frente a las instalaciones precisadas de autorización.

Para LEISNER (238), las respuestas a estas conductas son decisivas para presumir una conducta culpable en cuanto a las obligaciones del cargo.

Dando por conocido que el sistema a que nos referimos no parte de la responsabilidad patrimonial objetiva, aun cuando su reforma frustrada así lo intentó, motivos y aspectos de carácter social que rodean el fenómeno que nos ocupa están dando un giro hacia la responsabilidad objetiva introduciendo el factor del riesgo que entrañan determinadas actividades, independizando la idea de responsabilidad y el criterio de imputación de la prueba de conductas culpables. No de otra forma ha procedido la jurisdicción contenciosa al introducir el concepto de lesión de carácter expropiatorio por el que se reconducen las acciones de responsabilidad cuando no existe culpa del agente (239). Pero este avance en la objetivación de la responsabilidad ha sufrido una regresión recientemente, provocada por la decisión del Tribunal Constitucional federal (B Verf. GE, 58, 600) que determina la diferencia entre lo que es expropiación (acto formal, reconocible *ex ante*, derivado de la ley o habilitado por ella) y lo que son limitaciones, injerencias no fundadas en la ley que, por romper la garantía del derecho de propiedad, han de tenerse por inconstitucionales, y que deben pasar a ser directamente impugnables, pero no a fundamentar en su padecimiento un derecho a ser resarcidas (240).

V. *Posición de la jurisprudencia constitucional y civil sobre la admisión de las acciones de responsabilidad por omisión*

Puesto que en la actualidad se es consciente de que las medidas estatales adoptadas han sido insuficientes, desdoblemos la cuestión en dos aspectos independientes: el de la conminación a adoptar las medidas necesarias y el de la petición de resarcimiento.

Desde el primero de ellos, con base en los artículos 2 y 14 GG, se intentó, a través de un recurso de queja por inconstitucionalidad, que el Tribunal obligara al *Bund* a que se adoptaran medidas de protección en evitación de la contaminación atmosférica. Por resolución de 14 de septiembre de 1983 (241), el Tribunal no admitió el recurso a trámite.

El obstáculo mayor para poder probar una omisión del legislativo

(238) W. LEISNER, *op. cit.*, pág. 71.

(239) W. LEISNER, *Gefährdungshaftung im öffentlichen Recht*, VVDStRL, 20, 1963, pág. 185.

(240) J. IPSEN, *Enteignung, enteignungsgleicher Eingriff und Staatshaftung*, DV Bl, 1983, pág. 1031.

(241) Publicada en NJW, 1983, pág. 2931.

consistía en que los recurrentes no hacían valer ningún encargo legislativo u obligación legislativa directamente impuestos por la Constitución. Sin embargo, el Tribunal renunció a pronunciarse exclusivamente sobre la inadmisión del recurso y declaró que «con las medidas legales adoptadas desde 1970 *el legislador no ha vulnerado de forma manifiesta su deber de protección* derivado de los artículos 2.1, 2.2.1 y 14.1.1 GG», para lo cual resulta carente de significación si «en el ámbito de la lucha contra la contaminación se han seguido actuaciones satisfactorias o se han adoptado todo tipo de medidas».

Se reprocha a la decisión, aunque se comprenda su contenido, debido al curso procesal que siguió, la debilidad en poner de manifiesto un asunto que podía afectar y comprometer no sólo al propio Estado y a la comunidad internacional, sino también a generaciones futuras. Pero se reprocha especialmente que ha servido de puntal para que posteriores decisiones de los Tribunales civiles, al fallar sobre las cuestiones del resarcimiento por los daños causados a los propietarios de bosques, se amparasen en sus argumentos para denegar, también, las indemnizaciones.

Muestra de ello puede ser la decisión del LG Offenbung recaída en autos de pretensión de resarcimiento en demanda de 85.000 DM interpuesta por un agricultor fundándose en la pérdida de rentabilidad de su explotación forestal, debido al fenómeno de la lluvia ácida (242); o la decisión del LG Bonn de 27 de junio de 1984 (243), de igual contenido que la anterior, en la que se deniega la indemnización basada en incumplimiento de obligaciones respecto de las funciones administrativas y en haber sido objeto de una lesión de carácter expropiatorio. En la demanda que dio origen a la última de las resoluciones citadas se reprochaba al Gobierno federal haber incumplido un deber de protección frente a posibles perjuicios, no haberse preocupado a tiempo ni concretamente de los problemas que se derivarían del fenómeno de la muerte de los bosques y, especialmente, haber actuado con poca seriedad y rigor al estudiar y calibrar las condiciones que habían de imponerse a las instalaciones necesitadas de autorización. El Tribunal de Bonn, invocando la sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de septiembre de 1983 ya mencionada, no admite que el Estado haya incumplido sus obligaciones, argumentando de la forma siguiente: «No puede decirse que se haya producido una vulneración objetiva de obligaciones frente al propietario demandante a juicio de este Tribunal. Es generalmente admitido que científicos y políticos vienen observando en los últimos años que la contaminación representa un riesgo grave para los bosques. Como expresó el Tribunal Constitucional federal en su resolución de 14 de septiembre de 1983, es una cuestión altamente compleja cómo hacer realidad la protección estatal contra la contaminación a través de medidas legislativas efectivas concretadas en disposiciones administrativas. Con razón esgrime el Tribunal Constitucional la tesis de que

(242) E. V. HIPPEL, *Staatshaftung für Waldsterben?*, NJW, 1985, pág. 30.

(243) Publicada en NJW, 1985, pág. 71.

se trata de decisiones en las que se barajan cuestiones económicas, políticas y presupuestarias. El legislador debe tener a la vista las consecuencias de su política de medio ambiente en relación con la restricción de otras ramas de la economía, y no puede hoy a mañana paralizar la industria a través de determinaciones drásticas. El proceso de valorar una política de medio ambiente dirigida hacia el futuro, y las consecuencias de la misma respecto de los grandes sectores industriales, de significativa importancia interior y exterior para la RFA, y por supuesto para los puestos de trabajo, precisa serios estudios y compromisos. Por otra parte, la decisión depende no sólo de elegir una u otra alternativa, sino también del resultado de la investigación sobre las consecuencias fácticas de la contaminación, así como de las causas de la "muerte de los bosques". Como señala el Tribunal Constitucional federal, con referencia al informe, de marzo de 1983, "Contaminación y daños en los bosques", todavía no se han efectuado investigaciones de carácter fiable que hayan dado lugar a resultados según los cuales el Gobierno federal hubiera debido actuar de una manera determinada en los años setenta. Ni tan siquiera el accionante ha demostrado en qué hubieran debido consistir las medidas que hubieran podido evitar con seguridad los daños que aquí se cuestionan.»

Es comprensible que a la justicia humana se le haga difícil llegar a valorar con acierto los daños producidos a un individuo cuando son también daños producidos a la colectividad, pese que frente a algunos se manifieste la lesión con mayor crudeza. Entendemos un tanto desproporcionado, sin embargo, que el accionante debiera de «acertar» qué medidas hubiera debido el Estado imponer para evitar los daños. También es un tanto desproporcionado alegar que se desconocen las causas que están produciendo «la muerte de los bosques», ya que automáticamente se desacredita la exigencia de que el particular determine qué medidas son las que debían haber sido adoptadas, pues difícil es determinar medidas contra circunstancias cuya causa se ignora. Da la impresión que estos procesos van a ser meramente testimoniales de una opinión pública cada vez más sensibilizada. Según nuestra información, así van cayendo invariablemente todas las sentencias en demanda de resarcimiento.

Examinemos la última de las publicadas, dictada por el OLG Köln en 16 de septiembre de 1985 (244). Con parecidos argumentos se deniega la pretensión con base en que no es comprobable jurídicamente que el fenómeno de «la muerte de los bosques» sea causa directa del incumplimiento de funciones de personas determinadas u órganos administrativos que no han aplicado correctamente los dictados de la BImSch G, y afirma que para que se dé un supuesto expropiatorio resarcible es preciso que la lesión se produzca por actos de autoridad, entre los que no cabe contar más que la ley, el acto administrativo o cualquier tipo de acto administrativo que perturbe directamente o que irrumpa ante una situación jurídica patrimonial, repercutiendo y lesionando directa-

(244) Publicada en UPR, 1986, I.

mente la propiedad del afectado por él. En la omisión no cabe contemplar, según la sentencia, un supuesto de expropiación; es decir, sólo excepcionalmente, la omisión puede calificarse de comportamiento positivo, lesivo para el ámbito de derechos del afectado.

Discutible es, por supuesto, la resolución, ya que parece fundamentar la excepción en que la conducta omisiva es menos habitual que la positiva y en que de una conducta positiva se aprecia manifiestamente la lesión, o cuanto menos se identifica mejor el acto de autoridad, intervención o injerencia causante de la misma. El razonamiento no es válido apelando a la excepcionalidad, puesto que la inmisión lesiva es por sí misma excepcional y perturbadora, ya derive de conducta activa o inactiva.

Si se tiene en cuenta que las expropiaciones entrañan, en ocasiones, privación y, en ocasiones, mera cesación del disfrute de un derecho, no es difícil comprobar que la omisión (de conducta administrativa), si es impediendo del ejercicio de derechos, total o parcial, se está contemplando claramente como expropiación de su contenido.

Cabría entender del contexto de la sentencia que fuera normal la omisión productora de daños individuales identificables en su relación causal, y que excepcional fuese, contrariamente, la relación causal entre la omisión genérica o dispersa —especialmente de conductas que no se identifica cuáles debieran haber sido— y el daño causado por aquélla a patrimonios individuales y colectividad, conjuntamente.

De esa forma, la sentencia vuelve a la tesis conocida de que tan sólo lesiones individuales son resarcibles y, por tanto, que de la omisión de medidas generales (legislativas o administrativas) no derivan daños resarcibles individualmente. Lo que también podía ser formulado en el sentido de que es el derecho subjetivo, la posición jurídica subjetiva o afectación del individuo frente a la norma —en este caso omitida—, el determinante de la calificación de resarcible o no resarcible de la lesión cometida, siempre desde la perspectiva que el derecho subjetivo o posición individual determinará, además, la pretensión de existencia de la norma omitida.

VI. *Inactividad y responsabilidad del Estado legislador*

Casi de forma unánime se ha venido relacionando actividad legislativa necesaria u obligada con encargo constitucional expreso, o advertencia constitucional de que el legislativo cumpla con su papel de dictar normas allí donde la Constitución le ordena otorgar un contenido normativo a una obligación constitucional (245). Allí donde existe un mandato constitucional, existe obligación del legislador de dictar normas que hagan realidad el encargo encomendado. A pesar de que con ello pudiera atentarse a la esencia de la libertad de creación del legislativo, es cierto

(245) J. LÜCKE, *Soziale Grundrechte als Staatszielbestimmungen und Gesetzgebungsaufträge*, AöR, 1982, pág. 22.

también que éste permanece vinculado al orden constitucional. Entre los mandatos constitucionales de legislar encontramos los derivados del principio de Estado social (además de los supuestos regulados en los artículos 131 GG y 6.5 GG, sobre remoción de obstáculos que impongan condiciones desiguales a los hijos ilegítimos). También puede entenderse que existe cierta afinidad entre encargo legislativo y derechos fundamentales de carácter social.

Dando por sentado que, tanto de la posición del Tribunal Constitucional como de los restantes Tribunales, la cuestión del resarcimiento por la lesión a que nos venimos refiriendo va a desviarse hacia la problemática de la responsabilidad del aparato legislativo, que no de la Administración, habría de analizarse a la vista de ello qué relación existe entre encargo constitucional de legislar conforme al Estado de Derecho, derechos fundamentales de carácter social y, en especial, si el derecho a la integridad física podría suponer obligación legislativa también de mantener un medio ambiente adecuado, ya que no existe mandato constitucional expreso de conservación del medio ambiente en el ordenamiento que estudiamos.

Frente a la responsabilidad del Estado, podría defenderse si y bajo qué condiciones las ventajas que del ordenamiento se derivan llegan a convertirse en derechos subjetivos, y si toda regulación limitativa de derechos fundamentales no justifica que se atribuya al ciudadano un derecho a que el legislador mantenga una actitud positiva de adopción de normas en beneficio de su salud e integridad.

La dificultad de mantener la posición referida estriba fundamentalmente en si el derecho del ciudadano a que se le conserve intacto el contenido y se respete el límite de sus derechos fundamentales le corresponde desde su posición jurídica individual, por lo que la pretensión de que se dicten leyes que mejoren sus condiciones ambientales o defiendan su integridad no sobrepasaría del estricto ámbito individual, mientras que al legislador le corresponde dictar normas de carácter general. Acción individual no se corresponde con norma que establece o fija mejoras generales.

No obstante lo anterior, SEEWALD (246) argumenta la posibilidad de que pueda constitucionalmente exigirse al legislador una conducta legislativa activa, desde posiciones jurídicas individuales, que justifique a la vez que otras personas en idéntica situación se beneficien de ella. Paralelamente al binomio derecho objetivo-norma y derecho subjetivo, podría darse la circunstancia de que en el constituido por obligación de legislar-derecho subjetivo constitucional, legislador e individuo afectado se encontraran en idéntica relación, si se trata de una norma constitucional de la que se deriven expresa y conscientemente, no de forma material ni refleja, ventajas dirigidas a los ciudadanos. El individuo afectado por ello pertenece automáticamente al ámbito concreto de favorecidos por

(246) O. SEEWALD, *Gesundheit als Grundrecht. Grundrechte als Grundlagen von Ansprüchen auf gesundheitsschützende staatliche Leistungen*, vol. 9: «Offentliches Recht», Atheneum, 1982, págs. 163 a 165.

la norma, pero debe ser el legislador quien fije qué individuos pertenecen a tal ámbito. Debe fijarse el hecho que convierte la obligación constitucional del legislador en obligación de actuar en forma concreta.

A través de estos razonamientos, estableciendo la analogía entre derecho de coacción y derecho constitucional, concluye afirmando que es posible la existencia de un derecho del ciudadano a exigir actividad legislativa en el marco de la obligación de actualizar el límite de los derechos fundamentales, y que existe un derecho a la actividad legislativa de protección de la salud cuando aquél está ya obligado a actuar, es decir, como si se tratase del principio de legalidad (en este caso, principio de legalidad constitucional). A este respecto advierte SEEWALD (247) que al legislador no le queda prácticamente libertad de decisión, y que su propia libertad de creación puede verse restringida si vinculaciones complementarias de carácter constitucional condicionaran modo, medios y contenidos de su obligación.

Lo anterior es una opinión fundada, aunque no pueda decirse que generalmente compartida; si bien entendemos que puede hacerse valer frente a derechos como a la salud o a la integridad física, difícilmente va a poder extenderse a la lesión en derechos como el de propiedad, directamente afectado por las consecuencias de la lluvia ácida o, cuanto menos, posiblemente reducido, y supuestamente valorable en cuanto a su perjuicio. La obligación legislativa de adoptar medidas que eviten o aminoren las causas de la lluvia ácida es cuestionable.

Estudiemos los distintos puntos de vista que sobre ello se han emitido, advirtiendo que el tema de la responsabilidad del Estado por omisiones antijurídicas de su aparato legislativo no es en absoluto nuevo, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia.

Conviene precisar que el propio Tribunal Constitucional tiene declarado que los recursos contra omisiones legislativas son admisibles tan sólo de manera excepcional (248), ya que en dicho recurso existen limitaciones impuestas a la misma revisión constitucional, pues la decisión de cómo debiera de cumplirse la obligación legislativa, en virtud de los principios democráticos y de distribución de poderes, pertenece en exclusiva al legislador, al que debe dejarse en este caso un amplio marco de decisión, puesto que aún no existe la certeza de a qué se deben las causas de la contaminación ambiental, ni sus connotaciones internacionales.

En el supuesto de que la omisión legislativa haya sido verdaderamente la causante, el legislador, a través de su inactividad, está vulnerando el derecho fundamental a la propiedad del lesionado, ya que no ha previsto en este caso la restitución de los daños patrimoniales causados. La solución que a ello debe darse es, no obstante, cuestionable. El legislativo no ha permanecido absolutamente inactivo; la Administración, tampoco, aunque ello no excluye que la Administración haya podido incumplir la ley.

(247) *Op. cit.*, pág. 169.

(248) P. DAGTAGLOU, *Ersatzpflicht des Staates bei legislativen Unrecht*, 1963, páginas 21 y 39.

Análogamente, tampoco puede probarse cuál de las disposiciones omitidas hubiera sido la que habría podido evitar los daños, ni que exista un mandato constitucional concreto del que se derive la obligación del legislador de dictar preceptos, en este caso concreto, que beneficien al círculo concreto de afectados por la incidencia de la «lluvia ácida» en sus patrimonios, o que justifique la razón de que sean garantizados frente a injerencias antijurídicas concretas.

Sin más argumentos que los de la resolución del Tribunal Constitucional federal de 14 de septiembre de 1983, cabría buscar responsabilidad legislativa por inactividad si el legislador hubiera infringido de forma evidente, notoria o manifiesta sus obligaciones, en cuyo caso podría operar el artículo 839 BGB por lo que respecta a un posible incumplimiento de las funciones que al legislativo le afectan. Tal limitación resulta impuesta, a juicio de la sentencia del OLG Köln de 16 de septiembre de 1985, por la imposibilidad de discernir qué medida legislativa o en qué medida una ley hubiera podido evitar los daños, y en especial cómo se hace realidad la obligación legislativa de protección, teniendo en cuenta las repercusiones que ello tendría en otros bienes jurídicos.

Como puede comprobarse, *el sacrificio individual que provoca la inactividad u omisión de los poderes públicos* (utilizando el término individual en su sentido de individualizable) *no es resarcible con el mismo grado de intensidad con que se resarciría el producido, también de manera individual o individualizada, por actos, conductas o normas legislativas concretas*, ya que la relación jurídica subjetiva en que el lesionado se encontrase frente a la norma omitida, como causa productora del daño, es obstáculo impediendo en la mayoría de los casos.

Es previsible que en las vías de revisión los Tribunales civiles se pronuncien como lo han hecho hasta ahora, y que en la vía de la jurisdicción constitucional, ante una posible lesión de derechos fundamentales, al igual que ante una posible declaración de inconstitucionalidad de preceptos reguladores de la protección ambiental (lo que implica otro tipo de procesos no civiles, sino administrativos, en los cuales el Tribunal acordase elevar la cuestión al Tribunal Constitucional federal), se coaccione al legislador a una acción concreta, o bien se declare la inconstitucionalidad de determinados preceptos, cuya aplicación ha resultado un fracaso como protección efectiva del derecho de propiedad de los afectados, o bien se obligue al legislador a mejorar, adaptar y reelaborar tales preceptos, según estado y nivel de la técnica, de manera que cesen efectivamente las perturbaciones.

Es previsible que se dicte en su día una decisión análoga a la decisión del Tribunal Constitucional federal de 14 de junio de 1981 (B Verf. GE, 56, 54), que desestimó el recurso interpuesto por dos residentes en las cercanías del aeropuerto de Düsseldorf-Lohausen, alegando que el legislador había omitido —y tras él los órganos estatales— regular medidas de protección contra ruidos procedentes de la navegación aérea, incurriendo en lesión de sus derechos fundamentales.

Según el Informe sobre medio ambiente (249), desde finales de los

(249) *Umweltgutachten*, 1978, BT Drucks, 8/1938, pág. 257.

años cincuenta se considera que los ruidos mencionados implican una carga grave para el medio ambiente, y se colocan en tercer lugar en la jerarquía de «fuentes productoras de molestias» (las dos primeras son el tráfico de carreteras y las que se producen en el propio puesto de trabajo).

Contra ello reaccionó ya el legislador a través de la Ley contra protección de ruidos de la aviación, de 30 de marzo de 1971, en cuyo artículo 1.º se determinaba proteger a la comunidad de los riesgos, cargas y perjuicios considerables que producía la aviación en las cercanías de los aeropuertos.

La citada Ley fue adaptada y modificada en 14 de enero de 1981, incorporando obligaciones expresas a observar en cada nueva autorización para instalar aeropuertos. Y a su amparo se dictó la reglamentación de 28 de noviembre de 1975 sobre Navegación aérea, que prescribía la intervención de comisiones de asesoramiento que habían de ser oídas antes de cualquier autorización.

También la tantas veces citada *Bundes-Immissionschutzgesetz*, de 15 de marzo de 1974, contenía prescripciones de instalación y funcionamiento tendentes a proteger las molestias y ruidos a que nos venimos refiriendo.

Los recurrentes, haciendo historia de las fases de construcción del aeropuerto, en especial de su ampliación en 1976, y afirmando que los órganos estatales han omitido, por inactividad, adoptar medidas efectivas contra la creciente producción de ruidos, no pretenden del Tribunal medidas correctoras, sino tan sólo la constatación de que se ha producido lesión en sus derechos fundamentales y el otorgamiento al legislador de un plazo prudencial para proceder a su definitiva solución.

Según la opinión de los recurrentes, las medidas resultaban insuficientes, ya que se trataba simplemente de medidas de carácter pasivo, y no de carácter activo que pudieran incidir ante la fuente productora. Del resultado de todo ello podría derivarse lesión del derecho fundamental a la integridad corporal, produciendo disfunciones somáticas, psíquicas y disminución del rendimiento en el trabajo o empleo, molestias en el sueño y dificultades en el entendimiento oral.

El Tribunal Constitucional federal considera inadmisibile la pretensión, ya que sin agotar las vías jurídicas oportunas, que hubieran dado, además, ocasión de manifestarse a las instancias de gobierno, acudieron los recurrentes directamente al Tribunal, no habiéndose dirigido previamente contra los actos de planificación que preveían las mencionadas ampliaciones del aeropuerto ni contra preceptos legales concretos, por lo que faltaban las condiciones de su admisión. El recurso pasó a examinarse, pues, en lo que implicaba lesión en derechos fundamentales, a través de la ejecución defectuosa o inejecución de las disposiciones tantas veces referidas.

Ante la omisión legislativa lesiva de derechos fundamentales, el Tribunal se pronuncia sobre el reproche que al legislativo formulan los recurrentes, al no haber puesto en manos de la Administración los instru-

mentos necesarios para evitar tal lesión. Argumenta que tales recursos han sido interpuestos en muy contadas ocasiones, y solamente se consideraron admisibles si el recurrente podía apelar a una obligación legislativa expresa omitida o a un encargo expreso del legislador (que éste dejara de cumplir) sobre el contenido y ámbito de la obligación legislativa.

En igual sentido se había manifestado el Tribunal ya en ocasiones (B. Verf. GE, 6, 257, 264; 8, 1, 9; 11, 255, 261; 12, 139, 142; 23, 242, 249).

El Tribunal advirtió que no existe obligación expresa derivada de la interpretación de sus decisiones sobre derechos fundamentales en la que encaje tal obligación por parte del legislativo ni, por tanto, comportamiento omisivo. Y, no tratándose de obligación legislativa expresa, no puede imponer al legislador conducta alguna ni imponerle obligación de dictar disposiciones, pues la revisión de la conducta del legislativo no puede llegar a enjuiciar las circunstancias económicas, sociales, presupuestarias, etc.

Independientemente de ello, argumenta que, aun acudiendo a la interpretación jurisprudencial constitucional sobre derechos fundamentales, no se ha producido lesión en éstos debido a omisiones legislativas, partiendo del análisis del artículo 2.2 GG y del derecho fundamental a la integridad corporal, y reconociendo la protección de este derecho no sólo como derecho reaccional, sino también de contenido jurídico objetivo, y de la obligación de los órganos estatales de preservar los bienes jurídicos referidos de injerencias antijurídicas.

En la interpretación de este derecho deben distinguirse los factores de protección física que lo asemejan a la salud de aquellos que representan factores psíquicos o espirituales, admisibles con muchas cautelas; ni en la primera interpretación de carácter restrictivo del derecho fundamental a la integridad física tiene cabida como lesión de carácter somático la que pudiera provocarse del ruido de los aeropuertos; tan sólo puede caracterizarse como lesión psíquica del bienestar social.

El aspecto positivo de la interpretación de los derechos fundamentales obliga a exigir una conducta de los poderes públicos que de forma activa y permanente elimine todo riesgo para aquéllos, por lo que el *Tribunal reconoce expresamente tal obligación legislativa, y afirma que la conducta legislativa no ha de ser negligente ni debe omitir mejorar, adaptar y reformar la legislación a la que nos venimos refiriendo, acompañándola «según las medidas de la técnica actual» lo permitan.* Una omisión de ese carácter, en el caso de las medidas contra los ruidos de la aviación, no ha llegado a producirse (250).

María Jesús MONTORO CHINER
Profesora titular de Derecho Administrativo

(250) En nuestra doctrina puede verse J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *La teoría de la responsabilidad del Estado legislador*, núm. 68 de esta REVISTA, 1972.

